Die Abnahme beim Werkvertrag.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Kurt Fromme,
Referendar aus Halberstadt.

GÖTTINGEN.
Druck von Louis Hofer.
1914.

Disposition.

Erstes Kapitel: **Der Begriff der Abnahme.**

I. Allgemeine Beurteilung des Begriffes in der Literatur bei Kauf- und Werkvertrag.

II. Widerlegung der herrschenden Meinung, nach der sich die Abnahme aus einem realen und einem verbalen Vorgang zusammensetzt.

III. Die herrschende Meinung teilt sich in zwei Richtungen. — Widerlegung im Einzelnen:
Kein Bestandteil der Abnahme ist insbesondere:
1. Die Anerkennung der Vertragsmäßigkeit der Leistung.
2. Die Annahme als Erfüllung.
Anhang: Die Abnahme ist nicht identisch mit Annahme als Erfüllung.

IV. Begründung der eigenen Ansicht: Abnahme ist die körperliche Wegnahme durch den Besteller.
Anhang: Die Abnahmeunfähigkeit der Werke.

Zweites Kapitel: **Die Abnahmepflicht.**

I. Im allgemeinen besteht für den Gläubiger keine Pflicht zur Abnahme der Leistung.

II. Für den Werkbesteller besteht eine Abnahmepflicht.
1. Geschichtliche Entwicklung derselben.
2. Heutiges Recht:
a) Der Unternehmer hat einen klagbaren Anspruch auf Abnahme.
b) Die Abnahmepflicht ist ein naturale negotii.

Drittes Kapitel: **Die Folgen der Nichtabnahme.**

I. Prozessuale: Die Zwangsvollstreckung.

II. Materiellrechtliche, insbesondere der Abnahmeverzug.

Literatur.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 8. Aufl.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. 1905/1908.

Benninghoven, Annahme und Abnahme im Handelsverkehr, Diss. Heidelberg 1910/11.

Cosack, Lehrbuch des BGB. 2. Aufl. u. 6. Aufl. Bd. 1.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2 1902.

Derselbe, Partiarische Rechtsgeschäfte.

Derselbe, Die Grundlagen des französischen Obligationenrechts, Mannheim 1894.

Dankwardt, Die locatio conductio operis in Jher. Jahrb. Bd. 13.

Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. II, 3. Aufl. 1905.

Derselbe, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches. Bd. II, 5. Aufl. 1897.

Derselbe, Pandekten Bd. II, 7. Aufl. 1903.

Deutsche Juristenzeitung.

Donellus, Comm. de iure civ. Tom. III lib. VIII.

Düringer-Hachenburg, Das HGB. auf Grund des BGB. erläutert. Bd. III 1903.

Eck-Leonhardt, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. I, 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht Bd, 1, 2, 4. u. 5. Aufl. 1910.

Fischer-Henle, Das BGB.

Fleck, Die Verzugslehre und der Entwurf eines BGB. im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. XII S. 252 ff.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht Bd. II, 7. Aufl

Hackert, Die Begriffe „Ablieferung“, „Abnahme“, „Annahme“, „Empfangnahme“ im Kauf- und Frachtrecht nach bürgerlichem und Handelsrecht, Dissertation Rostock 1903.

Hellmann in der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 44, S. 126 ff.

Hohenstein, Der Abnahme- und Annahmeverzug des Käufers-Gläubiger im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 25, S. 69 ff.

Jakobi, Die Abnahmepflicht des Käufers unter besonderer Berücksichtigung der Abnahmepflicht des Werkbestellers in Jher. Jahrb. Bd. 45 S. 257 ff.

Juristische Wochenschrift 1904, 1907, 1908 u. 1911.

Kisch, in der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 44 S. 263 ff.

Kohler, 12 Studien zum BGB., III: Der Gläubigerverzug. Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. XIII, S. 149 ff.

Laband, Zum zweiten Entwurf eines BGB. Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 74.

Lehmann, Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme“ usw. nach BGB u. HGB. Deutsche Juristenzeitung 1902, S. 491 ff.

Lehmann-Ring, Komm. zum HGB. Bd. II 1901.

Levy, Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag, Straßburg 1903.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. Bd. II, S. 843 ff. Leipzig 1908.

Motive zum Entwurf eines BGB. f. d. Deutsche Reich. Bd. II.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. Bd. II, 1899.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts, 1. Jahrg., Bd. I, 1904; 2. Jahrg. Bd. I, 1905

Derselbe, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1912.

Oberloskamp, Abnahmepflicht nach dem BGB. für das Deutsche Reich. 1905.

Oertmann, Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse. 1906.

Derselbe, Der Zufall bei der Werkverdingung in Grünhuts Zeitschrift Bd. 24, S. 33 ff.

Paech, Der Leistungsverzug, Studie z. BGB. Berlin 1902.

Planck, BGB. 1. u. 2. Aufl.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. I u. II, 1897 u. 98.

Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, 6. Aufl., Bd. II.

Rauert, Der Anspruch auf Abnahme beim Kauf-, Dienst- und Werkvertrag nach gem. Recht u. BGB. Dissert. Rostock 1902.

Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand, 1905, 1908, 1909.

Riezler, Der Werkvertrag nach BGB. f. d. Deutsche Reich, Jena 1901.

Romeick, Zur Technik d. BGB. Heft 1, Fristbestimmung. 1901.

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers in Jher. Jahrb. Bd. 43, S. 141 ff.

Rosenthal, Die Abnahmepflicht des Gläubigers nach BGB. Diss. Bonn 1902.

Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen, 1905.

Samter, probativ operis, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 26, romanistische Abteilg. 1905.

Schmitz, Von der Abnahmepflicht des Käufers und des Werkbestellers, Diss. Jena 1905/06.

Schöffer, Die Abnahmepflicht beim Kauf- und Werkvertrag, Rostock, Diss. 1903.

Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung. Gruch. Beitr. Bd. 46, S. 36 ff.

Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 1904.

Schütze, Die Abnahmepflicht des Käufers, Dissert. Jena 1904/05.

Seufferts Archiv Bd. 63 u. Bd. 50.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903.

Sprenger, Über die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme der verkauften Sache nach § 459, 2 des Entwurfs eines BGB. für das Deutsche Reich bei Gruchot Bd. 34, S. 593 ff.

Staub, Kommentar zum HGB. 8. Aufl., Bd. II, 1907.

Staudinger, Kommentar zum BGB. 5. u. 6. Aufl., 1910.

Striebinger, Der Begriff der Abnahme beim Kauf- und Werkvertrag. Diss. Erlangen, 1906.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Tränkner, Einzelne Schuldverhältnisse im sächs. Archiv für bürgerl. Recht und Prozeß, Bd. 9, 1899.

Warneyer, Rechtsprechung Bd. 6.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. 1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/lA41548101_0007

Erstes Kapitel.

Der Begriff der Abnahme.

I.

Das B.G.B. spricht von einer Abnahme der Vertragsleistung nur bei zwei Typen von Verträgen, beim Kauf- und Werkvertrag. Beide Verträge sind miteinander verwandt. Der Werkvertrag richtet sich auf den Umsatz von Arbeitserfolg gegen Vergütung, der Kauf auf den Umsatz von Ware gegen Geld. Die Verbindung zwischen beiden wird durch den Werklieferungsvertrag hergestellt. Während hier bei der Herstellung einer unvertretbaren Sache die Arbeit des Unternehmers dem Vermögen des Bestellers unmittelbar zu Gute kommt, tritt, wenn eine vertretbare Sache zu liefern ist, im Verkehr des täglichen Lebens die Auffassung, daß der Unternehmer Arbeit zu leisten habe, zurück — der Werkvertrag ist zum Kauf geworden. Wenn das Gesetz also bei diesen ähnlichen, unter Umständen ineinander übergehenden Verträgen übereinstimmend von einer Abnahme der verkauften Sache resp. des vertragsmäßig hergestellten Werkes redet, so liegt die Annahme nahe, daß das Gesetz in beiden Fällen unter Abnahme denselben Vorgang verstehen will. Während aber beim Kauf, über den sich als über das gewöhnlichste und verbreitetste aller Rechtsgeschäfte die meiste Literatur findet, über die Bedeutung der Abnahme fast durchweg Klarheit herrscht, hat der Begriff beim Werkvertrag schon eine Fülle von Auslegungen gefunden.

Beim Kauf ist der Begriff der Abnahme dahin ausgelegt worden, daß darunter der rein tatsächliche Vorgang der Wegnahme der Kaufsache aus dem Gewahrsam des Verkäufers durch den Käufer zu verstehen sei. Beim Werkvertrag sind es vor allem zwei Ansichten, die sich schroff gegenüberstehen. Während nach der einen die Abnahme beim Werkvertrag nichts anderes bedeutet als die körperliche Wegnahme, also dasselbe wie beim Kauf, enthält der Begriff nach der anderen und in der heutigen Literatur herrschenden Meinung noch ein zweites Moment: nämlich eine Billigung des Werkes. [1])

II.

Außer auf andere Gründe, die später zu behandeln sind, stützt sich die herrschende Meinung auf die Tatsache, daß sich, besonders bei komplizierten Anlagen, allgemein ein Sprachgebrauch gebildet habe, nach dem als Abnahme die Prüfung und Billigung dieser Anlagen durch den Besteller bezeichnet werde.

Auch wenn man dies als richtig zugeben will, ist damit natürlich für die Frage, ob solcher Sprachgebrauch rechtlich zutreffend ist, nichts gewonnen.

Nach der herrschenden Meinung soll sich nun also die Abnahme aus zwei Vorgängen zusammensetzen, einem körperlichen — der Wegnahme — und einem verbalen — der Billigung. Indessen erheben sich hiergegen schon aus dem Wortlaute des Gesetzes selbst gewichtige Bedenken. Das B.G.B. verpflichtet nämlich nach § 640 Abs. 1 nur dann zur Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes, wenn die Ab-

[1]) Es soll im folgenden unter Billigung stets der weitere Begriff verstanden werden, der sowohl die Anerkennung der Vertragsmäßigkeit (Verzicht auf Mängelrügen, als auch die Annahme oder Anerkennung als Erfüllung im Sinne des § 363 (Umkehrung der Beweislast) umfaßt.

nahme nicht durch die Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist. Das Gesetz kennt demnach auch Werke, deren Beschaffenheit eine Abnahme ausschließt.

Dem würde an sich die herrschende Meinung nicht entgegenstehen, wenn sie die Abnahmeunfähigkeit eines Werkes schon dann für gegeben erachtete, wenn einer von der beiden die Abnahme ergebenden Vorgänge, also entweder die körperliche Wegnahme oder die Billigung, durch die Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen würden. Das würde die logische Konsequenz der herrschenden Meinung sein, doch wird sie nicht von allen Vertretern derselben gezogen. Einige sehen vielmehr erst dann ein Werk für abnahmeunfähig an, wenn seine Beschaffenheit sowohl die körperliche Wegnahme als auch die Billigung ausschließt.

Da sich nun aber zwar Werke denken lassen, bei denen eine körperliche Hinnahme durch die Beschaffenheit ausgeschlossen wird, die billigende Erklärung des Bestellers dagegen ein verbaler Vorgang ist, der bei keinem Werke von dessen Beschaffenheit abhängig sein kann, so setzen sich diejenigen Schriftsteller, die eine Abnahme nur dann für ausgeschlossen halten, wenn sowohl die körperliche Wegnahme als auch die Billigung unmöglich ist, damit in direktem Widerspruch mit dem Gesetz.

Enneccerus[1]) sucht dieser ihm unliebsamen Konsequenz zu entgehen, indem er einzelne Beispiele anführt, bei denen eine Billigung ausgeschlossen sei. Er nennt die Reinigung von Kloaken, die Ausbesserung

---

[1]) a. a. O. S. 403. Enneccerus ist zwar nicht der Ansicht, daß die Abnahme sich stets aus zwei Momenten zusammensetzen müsse; er meint aber, daß sie stets eine Anerkennung als Erfüllung enthalte, die unter Umständen allein die Abnahme ausmache. Was hiergegen zu sagen ist, siehe weiter unten S. 24 f.

hoher Dächer. Ihm ist aber entgegenzuhalten, daß es sich in diesen Fällen nicht um objektiv abnahmeunfähige Werke handelt. Die Abnahme wird hier vielmehr nur gehindert durch die persönliche Unfähigkeit des Bestellers, eine Prüfung vorzunehmen. Erstens ist nun aber eine Prüfung objektiv durchaus möglich, und es ist nicht erforderlich, daß der Besteller dieselbe in Person vorzunehmen hat, dies kann sehr wohl ein anderer für ihn tun; zweitens soll ja aber der Besteller garnicht prüfen, sondern billigen, und das kann er auch ohne Prüfung tun. Auch das Beispiel, das Endemann[1]) dagegen anführt, kann nicht überzeugen. Er hält das Vorsingen eines Liedes für eine derartige Werkleistung, deren Billigung durch die Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen werde. Mit Schmitz[2]) ist aber anzunehmen, daß eine Billigung durchaus nicht unmöglich ist, da der Besteller dieselbe sehr wohl verweigern könnte, wenn der betreffende Sänger z. B. absichtlich falsch singen wollte. Zu demselben Ergebnis, nämlich daß sich keine abnahmeunfähigen Werke denken ließen, würde man kommen, wenn man, wie es z. B. Rümelin[3]) tut, die verbale Billigung bei dem Begriff „Abnahme" für das wesentlichste Moment hält, zu dem nur dann, aber auch stets dann als zweites Moment die körperliche Wegnahme hinzutreten soll, wenn ein Besitzwechsel bezüglich des Werkes zwischen Unternehmer und Besteller möglich ist. Auch mit dieser Ansicht tritt man also in Widerspruch zum Gesetz.

Einen direkten Widerspruch mit dem Gesetz vermeiden nun allerdings alle diejenigen Vertreter der herrschenden Meinung, welche die Abnahme eines Werkes schon dann für ausgeschlossen halten, wenn

[1]) a. a. O. S. 1105.
[2]) a. a. O. S. 16.
[3]) a. a. O. S. 214.

eines der beiden dieselbe ausmachenden Momente in Wegfall kommt. Denn es würde, wie das Gesetz es vorschreibt, abnahmeunfähige Werke geben, und zwar würden das diejenigen sein, bei denen — zwar nicht die Billigung, denn die ist immer möglich — aber eine körperliche Wegnahme ausgeschlossen wäre. Trotzdem kämen wir zu einem in zwei Punkten eigenartigen Ergebnis:

1. Der Sprachgebrauch, der unter Abnahme auch die Billigung des Werkes versteht, hat sich gerade bei solchen Werken entwickelt, bei denen man juristisch gar nicht von einer Abnahme reden kann, weil die körperliche Wegnahme ausgeschlossen ist; man denke an die „Abnahme" einer elektrischen Lichtanlage, einer Zentralheizung und Ähnliches. Deshalb kann die herrschende Meinung diesen Sprachgebrauch nicht als Beleg für sich in Anspruch nehmen.

2. Setzte sich die Abnahme zusammen aus einem realen und einem verbalen Vorgange, so würde die Folge sein, daß das Gesetz bei einer Reihe von Werkverträgen, nämlich solchen, welche abnahmefähige Werke zum Gegenstande haben, eine reale Wegnahme + Billigung vorschriebe, bei der anderen Reihe von Werkverträgen hingegen, also solchen, welche abnahmeunfähige Werke betreffen und welche zwar nicht einer körperlichen Wegnahme, aber doch einer Billigung Raum lassen, nicht einmal eine solche Erklärung angeordnet und daher hier die in den §§ 638—646 genannten Abnahmefolgen an die bloße Vollendung des Werkes statt auch an eine billigende Erklärung geknüpft haben würde.[1])

Auf den von der herrschenden Meinung für so wesentlich erachteten Anspruch auf Billigung müßten also verzichten

[1]) So Lotmar S. 845.

1. diejenigen Werkmeister, die ein immaterielles Werk zu liefern haben,

2. diejenigen, die zwar ein materielles Werk herstellen, dies aber zu einer Zeit herzustellen haben, in der es sich schon im Gewahrsam des Bestellers befindet. Ein Künster, der dem Besteller ein Wandgemälde auf Leinwand malt, würde also rechtlich anders dastehen, wie derjenige, der dasselbe Bild direkt auf eine Wand im Saale des Bestellers malen müßte. Dem Ersten stände ein Anspruch gegen den Besteller auf Billigung zu, dem anderen würde er versagt sein. Das kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein. Auch die Vertreter dieser Ansicht, z. Planck[1]) und Oertmann[2]) verkennen nicht das Unbefriedigende dieses Resultates. Crome[3]) sucht dem zu begegnen, indem er meint, die Billigung des Werkes sei bei denjenigen Werken, bei denen eine reale Hinnahme nicht möglich sei, vielfach nicht so wichtig für den Unternehmer, vielfach auch nicht üblich. Dagegen ist zu sagen, daß aber in ebensoviel Fällen der Unternehmer eines der körperlichen Abnahme nicht fähigen Werkes ein sehr großes Interesse an der Billigung seitens des Bestellers haben könnte, z. B. in dem oben erwähnten Falle, in dem ein Künstler ein Wandgemälde anzufertigen hat.

Wollte das Gesetz dem Besteller eine Billigungspflicht auferlegen, sei es in Form einer Anerkennung der Vertragsmäßigkeit, sei es als Annahme als Erfüllung, so würde es diese Pflicht gewiß nicht von der Beschaffenheit des herzustellenden Werkes abhängig gemacht haben.

Ein zweiter Grund, der gegen die Ansicht überhaupt spricht, daß sich die Abnahme aus dem körper-

[1]) Anm. 1 b zu § 640.
[2]) Anm. 2 a zu § 640.
[3]) System § 266, 1 b.

lichen Akt der Wegnahme und einer Erklärung des Bestellers zusammensetzte, ergibt sich aus der Bestimmung des Gesetzes[1]), daß die Gefahr bis zur vollzogenen Abnahme beim Unternehmer verbleiben solle.

Würde die herrschende Ansicht richtig sein, so käme man zu dem für den Unternehmer höchst unbilligen Ergebnis, daß er, „der mit Fertigstellung und Ablieferung des tadelfreien Werkes an den Gläubiger die ihm aus dem Werkvertrage obliegenden Verpflichtungen vollständig erfüllt hat, dennoch die Gefahr des zufälligen Unterganges des Werkes weiterzutragen hätte und zwar solange, bis der Gläubiger die Tatsache der Erfüllung auf irgend eine Weise, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, anerkannt haben würde". [2])

Daß die Gefahr des zufälligen Unterganges oder einer zufälligen Verschlechterung des Werkes mit einem gewissen Zeitpunkte (der Abnahme) auf den Besteller übergeht, bedeutet nach § 323: Der zufällige Untergang oder die zufällige Verschlechterung des Werkes haben für das Recht des Unternehmers auf Vergütung die im § 323 bestimmten Wirkungen dann, wenn sie vor dem maßgebenden Zeitpunkt eintreten, andernfalls nicht.

Man würde sich also in Widerspruch setzen mit dem im § 323 zum Ausdruck gebrachten Prinzip, daß nämlich der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertragsverhältnis den Anspruch auf die Gegenleistung nur dann verlieren soll, wenn er noch nicht geleistet hat, und ihm die Leistung unmöglich wird, ehe er seinen Schuldnerpflichten vollkommen genügt hat. Dieses Prinzip des § 323 soll aber durch § 644 nicht abgeändert, sondern nur für den Werkvertrag genauer präzisiert werden. [3])

[1]) B.G.B. § 644.

[2]) Titze a. a. O. S. 301.

[3]) So Titze a. a. O. S. 300 ff.

Der Umstand, daß die Gefahr trotz ordnungsmäßiger Herstellung noch weiter beim Unternehmer bleiben sollte, würde für ihn auch noch um so unangenehmer sein insofern, als das Werk in der Regel von der körperlichen Abnahme an im Besitz und Gewahrsam des Bestellers wäre, der Unternehmer also garnicht einmal Schutzmaßregeln gegen einen etwaigen zufälligen Unfall treffen könnte.

Kisch[1]) wendet hiergegen ein Doppeltes ein: Einmal, meint er, würden praktisch in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle Besitzübernahme und Billigung zusammenfallen, insbesondere die letztere in dem stillschweigenden Empfang des Werkes — trotz Möglichkeit der Untersuchung — gefunden werden können. Das mag ihm zugegeben werden; jedoch ist damit nichts bewiesen, da für diejenigen — wenn auch weniger häufigen — Fälle, bei denen körperliche Hinnahme und Billigung auseinanderfallen, der Unternehmer nicht geschützt sein würde. Diesen Schutz des Unternehmers sieht Kisch nun aber doch gegeben, und darin liegt seine zweite Einwendung gegen die vertretene Ansicht. Er behauptet, der Unternehmer habe es jederzeit in der Hand, durch Begründung des Annahmeverzuges die Gefahr vor vollendeter Abnahme auf den Besteller überzuwälzen[2]). Dazu gehört aber stets, daß dem Gläubiger nach Treu und Glauben zugemutet werden kann, das Werk als Erfüllung mit der Wirkung des § 363 anzunehmen. Z. B. wer seine immer vorausgehende Uhr zur Reparatur gegeben hat, wird nicht gleich bei der Uebernahme in der Lage sein, zu bemessen, ob dem Uebelstande abgeholfen ist. Mit Ablieferung der Uhr würde also ein Annahmeverzug noch nicht begründet sein, wenn der Besteller die Er-

[1]) a. a. O., S. 564.
[2]) cf. § 644 Satz 2

füllung nicht sofort anerkennen wollte.[1]) Oder: es handelt sich um eine Maschine, bei deren Ingangsetzung der Besteller erst prüfen kann, ob er sie als Erfüllung annehmen kann; hier wird der Besteller auch nicht eher in Annahmeverzug kommen können, bis eine Frist verstrichen ist, die ihm die Möglichkeit einer Prüfung bietet. Die Frist wird nicht so lange bemessen zu werden brauchen, wie etwa eine Frist zur Untersuchung der Vertragsmäßigkeit und Fehlerfreiheit der Leistung; denn diese Bedeutung hat die Annahme als Erfüllung nicht. Der Besteller muß aber Gelegenheit haben, wenigstens oberflächlich zu prüfen, ob das Werk es überhaupt verdient, einstweilen als Erfüllung angesehen zu werden. Während dieser Frist würde der Unternehmer also trotz des vollzogenen Besitzwechsels, der ihm die Aufsicht über sein Werk entzieht, die Gefahr für den zufälligen Untergang behalten.

Crome[2]) wendet sich noch gegen die Tatsache überhaupt, daß die Gefahr in den oben genannten Fällen beim Unternehmer bleibe. Er meint, in solchen Fällen liege nur ein Vorbehalt in einzelnen Punkten vor, der Gefahrübergang werde garnicht gehemmt. Das scheint nicht zutreffend zu sein.[3]) Wie sollte der Besteller dazu kommen, dem Unternehmer zu Liebe unter Vorbehalt anzunehmen? Solange er nicht weiß, ob das Werk in der Hauptsache vertragsmäßig ist, wird er nicht daran denken, ohne hierzu verpflichtet zu sein, seine günstigere Stellung aufzugeben.

III.

Bisher ist von den Bedenken gesprochen worden, die sich gegen die Ansicht erheben, nach welcher ganz allgemein die Abnahme aus zwei Akten, aus einem

[1]) Riezler, a. a. O., S. 136.
[2]) a. a. O., S. 697.
[3]) cf. Schmitz, a. a. O., S. 19.

realen und einem verbalen zusammengesetzt ist. Diese Ansicht teilt sich nun wieder insofern in zwei Richtungen, als die eine unter dem verbalen Vorgange, welcher zu der körperlichen Hinnahme hinzutreten solle, eine Anerkennung der Vertragsmäßigkeit, die andere eine Annahme als Erfüllung versteht.

1. Die Anhänger der ersten Ansicht stützen sich zur Begründung ihrer Auslegung auf den Zusammenhang mit der römisch-gemeinrechtlichen Approbation. Allerdings finden wir auch in den Lehrbüchern von Puchta[1]), Arndts[2]) und Windscheid[3]) eine solche Pflicht des locator zur Approbation statuiert.

Für das römische Recht kommt man aber zu einem anderen Resultat, wenn man sich den durchaus einleuchtenden Erörterungen von Dankwardt[4]) über das Wesen dieser adprobatio anschließt. Dankwardt leugnet nicht, daß probare und adprobare sehr wohl die Bedeutung von billigen, genehmigen haben können. Jedoch haben diese Ausdrücke an denjenigen Stellen, die als Beleg für eine Billigungs-Genehmigungspflicht des locator herangezogen werden, eine andere Bedeutung. Opus locatori probare ist nämlich hier der technische Ausdruck für Ablieferung und stellt sich als solche dar als Verpflichtung des conductor operis. Er genügt seiner Vertragspflicht nicht vollständig, wenn er das opus nur fertiggestellt, auch dann noch nicht, wenn er dem locator von der Fertigstellung Anzeige macht. Er muß auch vielmehr dem locator den faktischen Nachweis erbringen, daß das opus tadelfrei hergestellt ist, daß es also so ist, daß es als vertragsmäßig genehmigt werden kann. Diese Verpflichtung des conductor operis erscheint auch ganz gerechtfertigt,

[1]) a. a. O. I, S. 267.
[2]) a. a. O., S. 318.
[3]) a. a. O., S. 401.
[4]) a. a. O. § 36, S. 348 ff.

wenn man bedenkt, daß er ja stets im Gegensatz z. B. zu einem Verkäufer Sachverständiger sein wird und es ihm daher unbedenklich zuzumuten ist, vor den Augen des Bestellers eine Prüfung des opus vorzunehmen. Diese probatio oder adprobatio hat dann erst die Fälligkeit der merces zur Folge. Erst sie beseitigt die bis dahin einer Klage des conductor entgegenstehende exceptio non adimpleti contractus[1].

Geht man von dieser Bedeutung des Wortes aus, und hat hiernach eine Billigungspflicht für den Besteller im römischen Recht nicht bestanden, so kann allerdings nicht bestritten werden, daß man im gemeinen Recht, teils auf Grund der mißverstandenen Quellenstellen, zum größeren Teile jedoch aus einem praktischen Bedürfnis heraus eine Anerkennungs- oder Probationspflicht für den Besteller hergeleitet hat. Trotzdem ist daraus für das heutige Recht keine Probationspflicht für den Besteller abzuleiten. Zwar sind die Interessen des Unternehmers, die er daran hat, daß sein Werk als vertragsmäßig vom Besteller anerkannt werde, dieselben geblieben. Aber das Gesetz hat an anderer Stelle diese Interessen wahrgenommen. Der Anspruch auf Approbation ist heute aus zweierlei Gründen nicht mehr notwendig: einmal kann der Unternehmer heute gegen den Besteller klagen auf Ausstellung eines Empfangsbekenntnisses über die ge-

[1]) Wenn dem entgegengehalten wird, dies sei gewiß nicht die gewöhnliche Bedeutung des Wortes probatio gewesen und diese Auffassung erscheine daher an dieser Stelle gesucht, so muß auf Folgendes verwiesen werden: Die Römer kennen keinen Ausdruck, der nur billigen und nicht zugleich beweisen bedeutet, und arbitratu locatoris probatur opus müssen sie sagen, um auszudrücken, daß nur eine Billigung des Dominus ohne ein Mittätigwerden des conductor gemeint sei. Gebrauchen sie diese umständliche Ausdrucksweise nicht, so liegt kein Bedenken vor, das einfache probare in der oben genannten Bedeutung aufzufassen.

schuldete Leistung nach § 368. Dadurch kann er also auf den Unternehmer einen Zwang zur Untersuchung ausüben oder ihn wenigstens auf alle Fälle zur Anerkennung der Vertragsmäßigkeit der Leistung zwingen. Andererseits haben wir seit Einführung der neuen C.P.O. (1879) eine allgemeine Feststellungsklage [1]), eine Neuerung gegenüber dem gemeinen Recht, das eine solche nur für bestimmte aufgezählte Fälle vorsah. Hat also heute der Unternehmer ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung dessen, daß er vertragsmäßig geleistet habe, so steht ihm hierfür der Klageweg offen.

Auf Grund der historischen Entwicklung im römischen und gemeinen Recht ist also für das heutige Recht keine Probationspflicht des Bestellers zu begründen. Zieht man nun die unmittelbare Vorgeschichte der Gesetzesstelle heran, so wird man aus Motiven [2]) und Protokollen [3]) auch zu dem Ergebnis kommen, daß das B.G.B. eine Probationspflicht des Bestellers nicht hat begründen wollen, da es sonst auch dem Besteller eine Prüfungs- oder Untersuchungspflicht hätte auferlegen müssen. Denn wer den Besteller zwingen will, das Werk als fehlerfrei anzuerkennen, verpflichtet ihn damit auch zur Prüfung, da eine Billigung ohne Prüfung nicht wohl verlangt werden kann. Dem Besteller eine Untersuchungspflicht aufzuerlegen, ist aber in den Vorarbeiten ausdrücklich abgelehnt worden mit dem besonderen Bemerken, daß kein Grund vorliege, den Besteller nachteiliger zu stellen, als im Veräußerungsfalle den Erwerber der Sache. Auch sind die Interessen des Unternehmers hinreichend durch die kurzen Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche gewahrt, welche im allge-

[1]) C.P.O. § 256.
[2]) II, S 490.
[3]) II, S. 317.

meinen auf 6 Monate und bei Abnahme an einem Grundstück auf 1 Jahr seit der Abnahme des Werkes festgesetzt sind.[1])

Aus dem Texte des B.G.B. selbst ist schließlich nichts zu entnehmen, was auf eine Billigungspflicht des Bestellers hinweisen könnte[2]). Im Gegenteil, es ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, daß eine solche Pflicht nicht besteht. Denn wollte das Gesetz im § 640 eine Billigungs- und somit Prüfungspflicht des Bestellers statuieren, so hätte es doch folgerichtig im Abs. 2 dem Besteller die Ansprüche auf Beseitigung des Mangels, Wandelung oder Minderung[3]) auch dann nehmen müssen, wenn er sich seine Rechte nicht nur wegen der ihm tatsächlich bekannten Mängel vorbehält, sondern auch wegen derjenigen, die er bei einer Untersuchung hätte erkennen müssen, und die ihm nur infolge von culpa lata unbekannt blieben. Das hat es aber nicht getan[4]). Mit Recht, denn wie schon die Protokolle sagten, läge darin eine Verletzung der Interessen des Bestellers. Da dieser in der weit überwiegenden Zahl der Fälle nicht Sachverständiger sei, sähe er sich, falls er alsbald prüfen müsse, genötigt, entweder fremdes Urteil zu Rate zu ziehen, oder aber die hervorzuhebenden Mängel ungerügt zu lassen, und damit die Rechte aus diesen preiszugeben. Ferner hätte, wie Lehmann[5]) richtig sagt, das Gesetz

[1]) § 638 B.G.B. cf. Striebinger a. a. O. S. 48.

[2]) Eine Prüfungspflicht kennt heute überhaupt nur das H.G.B., und das nur im § 373 für den Kauf als beiderseitiges Handelsgeschäft.

[3]) Auf die Frage, ob durch § 640 auch der Anspruch auf Schadensersatz (§ 635) mitbetroffen wird, ist hier nicht näher einzugehen; sie ist ohne weiteres zu bejahen. Vgl. Jacobi a. a. O. S. 279, Dernburg, Bürgerl. Recht S. 438 ff.; nach Crome, System S. 685 sollen die Umstände entscheiden.

[4]) Jakobi a. a. O. S. 280.

[5]) Deutsche Juristenztg. 1902, S. 495.

auch im § 638 zum Ausdruck bringen müssen, daß der Satz, kraft dessen der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels in 6 Monaten von der Abnahme des Werkes verjähre, sich nur auf nicht-erkennbare Mängel beziehen sollte. Bezüglich der erkennbaren Mängel nämlich würde die Sachlage sonst folgendermaßen sein: Die Abnahme, also der Akt, durch den der Besteller das Werk billigt, durch den er also auf die Geltendmachung erkennbarer Mängel offenbar verzichtet, sollte zugleich der Zeitpunkt sein, von dem die Frist für die Geltendmachung dieser Mängel zu laufen beginnt. Das würde unsinnig sein.

Auch § 640 Abs. 2 würde noch unverständlich sein. Denn wie Lotmar[1]) ausführt, verzichtet derjenige, der ein mangelhaftes Werk in Kenntnis seiner Magelhaftigkeit billigt, damit auf die Geltendmachung der Mängelansprüche, und es würde daher widerspruchsvoll sein, sich dieselben bei der Billigung vorzubehalten. Der § 640 Abs. 2 hat eben nur deshalb Sinn, weil im Tatbestande der Abnahme keine Billigung enthalten ist; deshalb muß derjenige, der in Kenntnis der Mangelhaftigkeit abnimmt und dadurch den Anschein erwecken könnte, als wollte er auf sein Recht verzichten, sich diese bei der Abnahme vorbehalten. Aus diesem Gesichtspunkt ist auch zu verstehen, weshalb im § 646 der § 640 Abs. 2 nicht erwähnt ist. Da die Vollendung des Werkes nämlich nicht auf einen Rügeverzicht des Bestellers würde schließen lassen können, bedurfte es auch hier keines Vorbehaltes seitens des Bestellers.

2. Im Gegensatz zu denjenigen, die unter Abnahme Wegnahme + Anerkennung der Vertragsmäßigkeit verstehen wollen, mit der Wirkung, daß der Besteller mit der Abnahme auf die Geltendmachung aller bekannten und erkennbaren Mängel verzichtet,

[1]) a. a. O. S. 845 ff.

sofern er nicht einen entsprechenden Vorbehalt einlegt, erkennt die bei weitem herrschende Richtung[1]) derjenigen, die eine aus zwei Vorgängen sich zusammensetzende Abnahme anerkennen wollen, in dem verbalen Vorgang eine Annahme der Leistung als Erfüllung mit der Wirkung des § 363; d. h. der abnehmende Besteller hat von der Abnahme an die Beweislast, wenn er nachher die Vertragswidrigkeit behauptet. Ehe näher darauf eingegangen wird, ob die Abnahme begrifflich eine Annahme als Erfüllung enthalten muß, ist zunächst einmal eine Verständigung über den Begriff der Annahme als Erfüllung herbeizuführen, zumal in der Literatur über diesen Begriff durchaus keine Klarheit herrscht.[2])

Vielfach wird die Annahme als Erfüllung verwechselt mit Anerkennung oder Billigung der Vertragsmäßigkeit der Leistung. Eine solche Anerkennung ist aber aus dem Begriff vollkommen auszuscheiden. Vielmehr nimmt derjenige Gläubiger als Erfüllung an, der eine Leistung in dem Bewußtsein annimmt, daß mit ihr eine Verpflichtung aus einem bestimmten Schuldverhältnis erfüllt werden soll, zugleich aber auch in der Absicht, sie vorläufig als die Vertragserfüllung gelten zu lassen, bis sich die Leistungen weder als vertragsmäßig oder als vertragswidrig herausstellt. Schollmeyer[3]) drückt denselben Gedanken aus,

---

[1]) a. a. O.: Planck, Cosack, Oertmann, Schöller, Riezler, Kisch, Förster-Eccius. So auch die Praxis in J. W. 1911, S. 486 Nr. 6; 1908 S. 432 Nr. 3; Recht 1908 Nr. 3589; 1909 Nr. 39.

[2]) Wir haben es hier, wie gesagt, nur mit der Abnahme zu tun, durch die Gläubiger zur Tilgung einer Obligation mitwirkt; die Annahme einer Offerte, durch die ein Vertrag zustande kommt oder eine Eigentumsübertragung, gehört in ein anderes Gebiet.

[3]) a. a. O. S, 280; cf. Lehmann D. J. Z. 1902, S. 493.

indem er sagt, die Annahme enthalte die erkennbare Willensrichtung des Gläubigers, daß er in der ihm als Erfüllung angebotenen Leistung die ihm geschuldete erblicke.

Es ist für die Annahme als Erfüllung gleichgültig, ob der Gläubiger die Leistung prüft, oder ob er sie nur in Kenntnis des Umstandes, daß der Schuldner erfüllen will, ungesehen annimmt. In beiden Fällen liegt Annahme als Erfüllung vor. So nimmt der Gläubiger nach einem von Planck[1]) gegebenen Beispiele als Erfüllung an, wenn er eine Geldrolle, die einen bestimmten Betrag enthalten soll, ohne nachzuzählen für den angegebenen Betrag in Zahlung nimmt, trotzdem er sich hierbei stillschweigend vorbehält, später nachzuzählen und auf ein etwaiges Manko keineswegs zu verzichten.

Das Gesetz knüpft nun an eine derartige Annahme als Erfüllung die Folge, daß sich gemäß § 363 die Beweislast zum Nachteil des Gläubigers umkehrt. Diese Umkehrung der Beweislast gründet sich ganz allein darauf, daß formell eine Erfüllung vorliegt, und daß deshalb der Gläubiger die Tatsache dieser äußerlich vollzogenen Erfüllung solange gegen sich gelten lassen muß, bis er den Nachweis erbringt, daß in Wahrheit nicht erfüllt worden ist. Nicht dagegen ist die Beweislastumkehrung die Folge einer wirklich erfolgten Anerkennung der Leistung als Vertragserfüllung.

Eine solche „Anerkennung" als Erfüllung sieht nun die herrschende Meinung als einen Bestandteil der Abnahme an. Der Besteller, der die vom Unternehmer hergestellte Leistung abnimmt, soll zwar sein Recht, später Mängel zu rügen, nicht verlieren, aber ihn soll gemäß § 363 die Beweislast treffen.

Die Vertreter dieser Ansicht finden eine Stütze

---

[1]) zu § 640.

für ihre Auslegung in den Protokollen für die Verhandlungen der zweiten Kommission[1]). Während die Motive zum Entwurf I § 572 anscheinend davon ausgingen, daß die Abnahme des Bestellers in demselben Sinne aufzufassen sei, wie die des Käufers, waren in der 2. Kommission Anträge gestellt worden, dahingehend, daß man über den E. I hinausgehen und in Sonderheit eine gewisse, wenn auch beschränkte, Prüfungspflicht für den Besteller begründen solle. Die Mehrheit der II. Kommisaion lehnte zwar die Abänderung des § 572 Satz 1 und 3 des E. I ab, „sie stimmte aber darin überein, daß der Abnahme in § 572 und den übrigen Bestimmungen dieses Titels die Bedeutung der Abnahme als Erfüllung zukomme, in dem Sinne und mit der Wirkung, wie sie der Annahme als Erfüllung im § 363 beigelegt sei; man war darüber einverstanden, daß die verschiedene Bedeutung der Abnahme im § 459 des E. I (§ 433 Abs. 1 B.G.B.) auf der einen und in den Vorschriften über den Werkvertrag auf der anderen Seite durch eine Änderung der Fassung zu deutlichem Ausdruck zu bringen sei."

Die Redaktionskommission hat indessen die Fassung des E. I beibehalten, und somit der Wissenschaft überlassen, eine sachgemäße Auslegung zu finden. Planck[2]) vertritt die Auffassung, die Redaktionskommission sei davon ausgegangen, daß, wenn im § 433 von der Verpflichtung (des Käufers), die gekaufte Sache abzunehmen, im § 640 aber von der Verpflichtung (des Bestellers), das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, gesprochen werde, hierdurch die Verschiedenheit der Fälle genügend bezeichnet sei. Gegen diesen Schluß, den Planck aus dem Verhalten der Redaktionskommission ziehen will,

---

[1]) II, S. 317.
[2]) zu § 640.

ist aber Einspruch zu erheben. Wenn das Gesetz den Käufer zur Abnahme der verkauften Sache, den Besteller dagegen zur Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes verpflichtet, so erklärt sich das folgendermaßen: In beiden Fällen will das Gesetz nicht sagen, was oder wie abzunehmen sei, sondern wann, unter welchen Umständen den Käufer, resp. Besteller die Abnahmepflicht treffen soll. Bei Spezieskauf — diesen hat das Gesetz allein im Auge —, hat der Käufer die Sache nur dann abzunehmen, wenn sie wirklich die verkaufte ist, nicht eine vom Käufer etwa angebotene gleichartige Sache. Beim Werkvertrag dagegen, wo das herzustellende Werk zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht vorhanden war, handelt es sich darum, ob dasselbe auch nun dem Vertrage gemäß hergestellt worden ist. Nur dann braucht der Besteller abzunehmen. In beiden Fällen ist also die Vertragsmäßigkeit der geschuldeten Leistung die erste Voraussetzung für die Begründung der Abnahmepflicht. Nur brauchte das beim Kauf vom Gesetze nicht noch einmal ausdrücklich ausgesprochen werden. Mit der Verschiedenheit der Fassung des Gesetzes kann man also mit Planck die Auffassung, daß Abnahme mehr als reale Wegnahme sei, gewiß nicht begründen.

Eine andere Frage schon könnte es sein, ob die Redaktionskommission die Abänderung der Fassung etwa deshalb ablehnte, weil sie der Ansicht war, daß die Folgen, die das Gesetz in den übrigen Paragraphen dieses Titels an die Abnahme knüpfe, genügend darauf hinwiesen, daß der Abnahme beim Werkvertrage eine weitere Auslegung zu geben sei, als der beim Kauf, oder ob sie meinte, daß die Abnahme beim Werkvertrage den Ansprüchen des Verkehrs und den Bedürfnissen des täglichen Lebens offenbar nur dann entspreche, wenn man darunter Wegnahme + Annahme als Erfüllung verstehe. Um diese Frage zu

beantworten, müßte erst einmal untersucht werden, ob denn wirklich so schwerwiegende, praktische Gründe vorhanden sind, wegen derer eine Auslegung des Begriffes Abnahme = Wegnahme + Annahme als Erfüllung unbedingt geboten erscheinen muß.

Von den Vertretern der herrschenden Ansicht wird vor allem immer hervorgehoben, daß das Interesse des Unternehmers so dringend sei, zu wissen, ob der Besteller das Geleistete als die vertragsmäßige Leistung anerkennen wolle. Es sei auf alle Fälle unbillig, ihn, nachdem er sein Werk aus der Hand gegeben habe, noch länger mit der Beweislast darüber zu beschweren, daß das Geleistete bei der Abnahme vertragsmäßig gewesen sei. Denn was schütze ihn dagegen, daß der Besteller nach Empfangnahme des Werkes entstandene Mängel ihm aufbürde unter der Behauptung, sie rührten aus mangelhafter Arbeit her? Und erfahrungsgemäß kämen gerade über die Tauglichkeit des gelieferten Werkes besonders häufig Meinungsverschiedenheiten vor. Was solle der Unternehmer mit dem speziell für den Besteller angefertigten Werke anfangen, meint Striebinger[1]), wenn ihm der Beweis bezüglich der Vertragsmäßigkeit mißlänge?

Gewiß, wenn es sich bei einem Werkvertrag nur um die Interessen des Unternehmers handelte, die zu berücksichtigen wären, so würde es gewiß recht praktisch sein, wenn man ihn sofort mit der körperlichen Abnahme von der Beweislast befreite und den Besteller zwänge, die Erfüllung anzuerkennen. Es stehen sich jedoch zwei Parteien gegenüber, es steht daher Interesse gegen Interesse, und die Kunst des Gesetzgebers ist es, diese verschiedenen Interessen gegeneinander abzuwägen und Bestimmungen zu treffen, die in gerechter Entscheidung Rechte und Pflichten, Vor- und

[1]) a. a. O. S. 46.

Nachteile, auf beide Seiten verteilt. Wie würde der Besteller dastehen, wenn man ihm für alle vorkommenden Fälle mit der Abnahme zugleich zur Annahme als Erfüllung zwingen würde, mit der Wirkung des § 363? Nehmen wir an, es handelte sich um eine kompliziert gebaute Maschine. Auf jeden Fall kann sie der Besteller auf die Fehlerfreiheit hin erst bei der Ingangsetzung prüfen; jedoch könnte er sie ja vorläufig als Erfüllung annehmen. Zeigte sich jetzt bei der Ingangsetzung, daß die Maschine nicht funktioniert, und wollte der Besteller Mängelansprüche machen, so würde ihm der Unternehmer entgegenhalten können: die Mangelhaftigkeit der Maschine wolle er zwar nicht bestreiten, doch sei dies keine Folge mangelhafter Arbeit, sondern auf ungeschickte Behandlung zurückzuführen; bei der Abnahme habe die Maschine keine Fehler oder Mängel gehabt.

Sollte jetzt der Besteller beweisen müssen, daß die Maschine bei der Abnahme schon mangelhaft gewesen sei, wo er doch damals dieselbe nur oberflächlich gesehen und erst jetzt bei der Benutzung kennen gelernt hatte? Wäre es da nicht gerechter, dem Unternehmer, der als Sachverständiger über den Zustand seines Werkes im Moment der Abnahme genau unterrichtet war, den Beweis dafür aufzuerlegen, daß das Werk zur Zeit der Abnahme mangelfrei war?

Gewiß, leicht wird es auch ihm in vielen Fällen nicht sein, den Nachweis zu erbringen. Der Besteller dagegen hat gar keine Möglichkeit, für seine Behauptung Beweise zu bringen.

Es wird in der Literatur[1]) darauf hingewiesen, daß für den Besteller deshalb der Beweis der Vertragswidrigkeit der Leistung keine allzu große Last bedeute, da er ja in vielen Fällen in der Lage sei, dieselbe

[1]) Striebinger S. 36.

rechtzeitig abzustreifen, indem er wegen des geringsten Fehlers die Annahme verweigerte (§ 640 Abs. 1).

Darauf ist zu erwidern, daß es sich erstens hier nur um Mängel handeln würde, die, wenn sie der Besteller bei der Entgegennahme erkennen konnte, gewiß dem sachverständigen Unternehmer noch eher erkennbar, meist sogar aber bekannt sein würden, sodaß er, wollte er Gewißheit darüber haben, ob er später aus ihnen in Anspruch genommen werden würde oder nicht, dieselben nur dem Besteller mitzuteilen brauchte. Dann waren sie dem Besteller bekannt, und er mußte nach § 640 Abs. 2 sich seine Rechte vorbehalten; tat er das nicht, so brauchte der Unternehmer einer Inanspruchnahme wegen dieses Mangels später nicht mehr zu fürchten.

Andererseits, würde dem Unternehmer damit gedient sein, wenn der Besteller aus Furcht vor der Beweislast wegen jedes geringsten Fehlers die Abnahme verweigern wollte? In der Regel wird wohl das vorherrschendere Interesse des Unternehmers das sein, daß er das hergestellte Werk los wird.

Außerdem hat der Besteller sich mit der Verweigerung der Abnahme doch nicht unter allen Umständen endgültig von der Beweislast befreit. Wer bürgt ihm dafür, daß das Werk, bei dem der Unternehmer nach einmaliger Zurückweisung die erkennbaren Fehler beseitigt hat, nicht doch noch mit versteckten Fehlern behaftet ist?

Es liegt also kein Grund vor, den Unternehmer von der Wegnahme an von der Beweislast zu befreien, um sie dem Besteller aufzubürden.

Dazu kommt, daß das Gesetz eine Reihe von Bestimmungen gibt, die dem Unternehmer seine Stellung in dieser Hinsicht erleichtern: Mit der Ablieferung des Werkes kann der Unternehmer nach § 368 auf Ausstellung einer Quittung klagen; mit der Rechtskraft

des Urteils gilt dann die Leistung als vom Besteller „angenommen“, der Unternehmer als von seiner Schuld zunächst befreit. Außerdem kann er, wie schon oben an anderer Stelle zu erwähnen war, beim Vorhandensein eines dringenden Interesses nach § 256 C.P.O. auf Feststellung der Vertragsmäßigkeit der Leistung klagen. Schließlich wird überhaupt in der großen Mehrzahl der Fälle sich aus dem Verhalten des Bestellers, der z. B. das gelieferte Kleidungsstück trägt, auf eine Anerkennung der Vertragsmäßigkeit zu schließen sein, sodaß der Unternehmer in nicht allzu häufigen Fällen der Chikane des Bestellers ausgesetzt sein wird.

Die Gründe, die den Begriff „Abnahme“ als Wegnahme + Annahme als Erfüllung definieren sollen, sind in ihrer Gesamtheit nicht überzeugend, so daß wir nunmehr den Begriff anders festlegen können. Jedoch ist noch ein Hindernis zu überwinden, welches im § 640 Abs. 2 entgegenzutreten scheint. Nach dieser schon wiederholt erwähnten Bestimmung muß sich der Besteller bekannte Mängel bei der Abnahme vorbehalten, wenn er die Ansprüche aus ihnen nicht verlieren will. Im Kaufrecht finden wir nun eine entsprechende Bestimmung in § 464, wo der Käufer seiner Rechte verlustig gehen soll, wenn er sie sich nicht bei der Annahme vorbehält. Hier sehen die Vertreter der herrschenden Meinung einen klaren Beleg für ihre Auslegung. Sie meinen, beide Bestimmungen sollten offenbar dieselbe Pflicht statuieren, die eine für den Käufer, die andere für den Besteller. Es ist dabei nur eins unverständlich: warum sagt das Gesetz im § 640 Abs. 2 nicht auch Annahme statt Abnahme, wo es doch sonst so genau in der Wahl der Ausdrücke unterscheiden will, was vor allem in § 644 sehr deutlich zutage tritt? Der Grund liegt garnicht so fern und ist gerade ein Beleg für die hier

vertretene Ansicht. Wenn das Gesetz in zwei dem Wortlaut nach fast übereinstimmenden Paragraphen diesen Unterschied macht, so macht es ihn eben bewußt und zeigt damit, daß es dem Käufer und dem Werkbesteller nicht die gleiche Behandlung widerfahren lassen will. Der Werkunternehmer soll offenbar, weil er, wie von der herrschenden Meinung an anderer Stelle betont wird, ein größeres Interesse daran hat als der Verkäufer, möglichst bald zu erfahren, ob er vom Besteller wegen eines Mangels in Anspruch genommen werden wird, günstiger gestellt werden als der Verkäufer. Der Käufer, der einen Mangel der gekauften Sache kennt, soll die Kaufsache trotzdem stillschweigend annehmen und sie dem Käufer nachher wieder, ohne sie angenommen zu haben, zur Verfügung stellen dürfen. Der Besteller dagegen soll dazu nicht in der Lage sein; wenn er einen Mangel an dem hergestellten Werk vor der Abnahme entdeckt, so soll er sich gleich in dem Augenblick seine Rechte wahren, von dem an sonst der Unternehmer mit Recht annehmen dürfte, von dem Werk endgültig befreit zu sein. Der Unternehmer, der in sehr vielen Fällen nicht in gleichem Maße wie ein Verkäufer über Lagerräume verfügt, weil er die herzustellenden Gegenstände nicht vorrätig hat, sondern sie dem jedesmaligen Besteller erst nach dessen Bedürfnissen und Angaben anzufertigen pflegt, soll nicht, wenigstens nicht durch das positive Verschulden des Empfängers, in die unangenehme Lage versetzt werden können, daß er den hergestellten Gegenstand zwar zurücknehmen muß aber räumlich nicht bergen kann.

Wir kommen hiernach schließlich zu dem Ergebnis, daß der Begriff „Abnahme“ nicht zwei getrennte Bestandteile erfordert, eine körperliche Wegnahme und eine Billigung in Form einer Annahme als Erfüllung oder gar einer Anerkennung der Vertragsmäßigkeit des Geleisteten.

Die Annahme der Leistung als Vertragserfüllung wird zwar in den meisten Fällen mit der körperlichen Wegnahme des Werkes durch den Besteller zusammenfallen, allein es wäre irrig, schlechthin behaupten zu wollen, daß es in allen Fällen geschehen müsse. Ob in der Wegnahme eine Erfüllungsannahme enthalten ist und mit ihr eine Beweisverschiebung gemäß § 363 verbunden sein wird, muß sich ganz nach der Beurteilung des einzelnen Falles richten.

Anhang: Nach den vorangegangenen Ausführungen kann eine weitere Ansicht über den Begriff der Abnahme beim Werkvertrag mit wenigen Worten abgefertigt werden. Es ist die Ansicht, die zwar nicht zwei Bestandteile der Abnahme fordert, die vielmehr die Abnahme direkt mit der Annahme als Erfüllung identifiziert.

Diese Ansicht wird aus zwei voneinander unabhängigen Gesichtspunkten heraus vertreten.

Bei den einen liegt nur eine Verwechslung vor und zwar insofern, als sie die Annahme als Erfüllung gleichstellen mit der Wegnahme + Anerkennung als Erfüllung. Sie übersehen dabei, daß eine Annahme als Erfüllung sehr wohl auch möglich ist bei Werken, deren Beschaffenheit eine körperliche Abnahme ausschließen würden. Im Grunde wollen sie nur die oben bekämpfte herrschende Meinung vertreten.

Auf einem etwas anderen Standpunkt stehen z. B. Rümelin[1]) und Enneccerus[2]). Beide verkennen nicht den Begriff der Annahme als Erfüllung, aber sie wollen gar nicht unter allen Umständen mit der Abnahme einen körperlichen Akt verbunden wissen. Rümelin teilt zu diesem Zwecke die Werke in zwei Gruppen ein. Während er bei denjenigen, bei denen

[1]) a. a. O.

[2]) a. a. O.; so auch Recht 1908, Nr. 3589; 1909, Nr. 39.

ein Besitzwechsel möglich ist, die Ansicht vertritt, zur körperlichen Abnahme müsse die Billigung hinzukommen, meint er bei denen, wo ein Besitzwechsel nur in der Weise stattfinde, daß der Unternehmer eigene Sachen in eine Sache des Bestellers einzufügen habe, so bei den meisten Reparaturen an unbeweglichen Gegenständen, bei Arbeiten an Gas- und Wasserleitungen, gäbe es keinen Besitzwechsel, auf den die Abnahme bezogen werden könne. Deshalb handele es sich hier einzig und allein um die billigende Erklärung des Bestellers; diese Erklärung sehe der allgemeine Sprachgebrauch als Abnahme an.

Enneccerus ist derselben Meinung. Ihre Auslegung ist außer den Gründen, die gegen die herrschende Meinung ins Feld geführt sind, deshalb zurückzuweisen, weil, wie oben nachgewiesen worden ist, eine Billigung durch die Beschaffenheit des Werkes niemals ausgeschlossen werden kann, so daß es also nach Rümelin und Enneccerus keine abnahmeunfähigen Werke geben könnte, die aber das Gesetz, wie schon hervorgehoben, in § 640 Abs. 1 zweifellos kennt.

IV.

Es bleibt für uns das Ergebnis übrig, daß das Gesetz unter Abnahme die einfache reale Wegnahme des hergestellten Werkes aus dem Gewahrsam des Unternehmers versteht.[1])

Aber die Abnahme ist auch nicht weniger als das. Wenn Schöller[2]) zur Rechtfertigung der vorhin

---

[1]) So auch Titze, S. 300ff., Schollmeyer, a. a. O., S. 102, Lotmar, a. a. O., S. 847, Rauert, S. 55, Dernburg, Bürg. R. § 318, Schmitz, S. 25, R. G. Bd. 53, S. 162.

[2]) a. a. O., S. 39.

widerlegten herrschenden Meinung die Ansicht vertritt, ein bloßer Besitzübergang für sich sei noch niemals Abnahme, und wenn er dafür als Beispiele anführt, daß z. B. eine Abnahme nicht schon dann vorliege, wenn der Schneider den aus dem Stoffe des Bestellers gefertigten Rock einem Dienstboten des Bestellers ohne Wissen des letzteren abgebe, oder: wenn der Schreiner die umgearbeitete und instandgesetzte Laube, während der Besteller auf Reisen ist, im Garten desselben ohne sein Wissen aufschlage, so bekämpft er damit garnicht die hier vertretene Ansicht. Denn wie der Ausdruck Abnahme besagt, wird damit eine Handlung des Bestellers gekennzeichnet. Wenn dieser dem Postboten ein Paket von seinem Schneider abnimmt, in dem Bewußtsein, daß es das für ihn angefertigte Kleidungsstück enthalte, so nimmt er es damit auch dem Unternehmer ab. In dem ersten von Schöller angeführten Beispiele würde eine Abnahme, nämlich eine bewußte Befreiung des Unternehmers von dem Rock, erst darin zu erblicken sein, daß der Besteller in Kenntnis der erfolgten Sendung nicht umgehend deren Rückgabe veranlaßt.

Es ist selbstverständlich, daß eine Abnahme nur dann vorliegen kann, wenn der Besteller überhaupt weiß, um was es sich handelt. Wir werden also vielleicht guttun, dies in unserer Definition noch zum Ausdruck zu bringen, indem wir sagen: Der Besteller genügt seiner Abnahmepflicht, wenn er den Unternehmer von dem hergestellten Werk räumlich befreit in Kenntnis dessen, daß der Unternehmer mit Herstellung dieses Werkes seine Verpflichtung aus dem Werkvertrage erfüllt haben will, oder:

> „Die Abnahme beim Werkvertrag ist diejenige körperliche Handlung, durch welche der Besteller das hergestellte Werk als solches aus dem Gewahrsam des Unternehmers entfernt."

Mit dieser Definition kommen wir auch zu einem durchaus befriedigenden Resultat, indem sie sich in alle Bestimmungen des Gesetzes, wo von Abnahme beim Werkvertrag die Rede ist, ohne Schwierigkeit, und ohne dem inneren Grund der einzelnen Bestimmungen zu widersprechen, einfügen läßt.

Gehen wir die einzelnen Bestimmungen daraufhin noch einmal durch:

Nach § 641 ist Vergütung bei der Abnahme zu entrichten, und zwar deshalb, weil, wie schon die Motive[1]) richtig hervorheben, der Unternehmer nicht gezwungen werden soll, das von ihm gefertigte Werk eher aus der Hand zu geben, bevor er die Gegenleistung empfangen hat. Er ist also nur Zug um Zug gegen die Entrichtung der Vergütung zur Ausfolgung des Werkes verpflichtet. Völlig gleichgültig ist es dabei für den Begriff im § 641, ob der Besteller sich das Werk vom Unternehmer hat aushändigen lassen, ohne es als Erfüllung anzunehmen, oder ob er die Erfüllung bei der Aushändigung anerkannt hat.

Nach § 644 geht die Gefahr auf den Besteller mit der Abnahme über. Auch hier ist die ratio legis offenbar, daß nämlich, wie an anderer Stelle schon erwähnt worden ist, dem Unternehmer nicht zugemutet werden soll, die Gefahr für den zufälligen Untergang noch weiter zu tragen, wenn das Werk durch die Ausantwortung an den Besteller seiner Aufsicht entzogen ist. Auch an dieser Stelle muß es gleichgültig bleiben, ob der Besteller das Werk als Erfüllung angenommen, oder das Werk nur körperlich aus dem Machtbereich des Unternehmers entfernt hat.

Daß bei der Bestimmung des § 640 Abs. 1 die Interessen beider Teile hinreichend gewahrt sind, wenn der Besteller verpflichtet wird, den Unternehmer räum-

---

[1]) II, S. 492.

lich zu befreien, ist oben[1]) ausführlich erörtert worden und hat uns auf die angenommene Definition des Begriffes hingeführt.

Für die zwei ersten der genannten Bestimmungen war es ohne Belang, ob der Besteller das Werk, das er aus dem Gewahrsam des Unternehmers zu bringen hatte, in seinen Gewahrsam überführte, oder ob er es sonst anderweitig unterbrachte. Deshalb war es auch gleichgültig, ob man für Abnahme den Ausdruck „Wegnahme“ oder „Übernahme“ oder „Empfangnahme“ gebrauchen wollte.

Von einigen Schriftstellern wird der Unterschied auch garnicht gemacht, und man findet die genannten Ausdrücke für denselben Vorgang unterschiedslos angewandt. Wenn man aber den Besteller zu einer Abnahme des Werkes verpflichtet, so ist es doch durchaus nicht einerlei, ob man ihn damit auch verpflichten wollte, das Werk an sich zu nehmen oder nicht. Man hat den Unterschied wohl oft übersehen, weil ja ein Besteller, der das Werk dem Unternehmer fortzunehmen, die Vergütung dafür zu entrichten und die Gefahr für den zufälligen Untergang desselben von diesem Zeitpunkt an zu tragen hat, in der Regel das Werk dem Unternehmer nicht nur fortnehmen, sondern dasselbe auch an sich nehmen wird.

Trotzdem muß aber der Unterschied gemacht werden und m. E. hat man sich dahin zu entscheiden, daß das Gesetz dem Besteller nur eine Pflicht zur Wegnahme, nicht aber zur Ansichnahme auferlegen kann. Dieser Ansicht ist auch die herrschende Literatur[2]), natürlich nur, soweit sie nicht in der Abnahme überhaupt mehr sehen will, als den körperlichen Vorgang.

---

[1]) S. 13 ff. und S. 21 f.

[2]) U. a. Jakobi, a. a. O., S. 282.

Allerdings scheint sich dieser Begriff der Abnahme als Wegnahme ohne Ansichnahme nicht mit zwei Bestimmungen des Gesetzes ohne weiteres vereinbaren zu lassen.

Wenn das Gesetz im § 638 die Verjährungsfrist für die Mängelansprüche von der Abnahme an in Lauf setzt, so ist der innere Grund dafür der, daß der Besteller, der von nun an das Werk in seinem Gewahrsam hat, in der Lage ist, dasselbe auf seine Fehlerfreiheit zu prüfen. Wenn er nun das Werk gar nicht an sich nimmt, wird er nach der Abnahme nicht mehr hierzu in der Lage sein als vorher. Jedoch ist dieses Bedenken leicht zu zerstören, wenn man erwägt, daß es ja im freien Belieben des Bestellers steht, ob er das Werk an sich nehmen will oder nicht. Fürchtet er, daß das Werk mit Mängeln behaftet sein könnte, wegen derer er den Unternehmer in Anspruch nehmen würde, so steht es ihm jederzeit frei, das Werk in seinen Gewahrsam zu bringen zum Zwecke einer Untersuchung, ehe er es einer anderen Bestimmung zuführt.

Schon schwieriger gestaltet sich die Frage bei der Bestimmung des § 640 Abs. 2. Hiernach soll der Besteller seine Rechte aus ihm bekannten Mängeln dann verlieren, wenn er sie nicht bei der Abnahme vorbehält. Der vorwiegende Grund der Bestimmung ist, wie Jakobi[1]) treffend hervorhebt, daß der Besteller, der ein Werk an sich nimmt und bekannte Fehler dabei nicht rügt, damit ein Verhalten an den Tag legt, das auf eine Billigung des Werkes trotz seiner Fehler hindeutet. Bei demjenigen, der dem Unternehmer ein Werk nur vom Halse schafft, ohne bekannte Fehler dabei zu rügen, kann ein solcher Wille nicht ohne weiteres unterstellt werden. Weil Abnahme in den

[1]) a. a. O. S. 281.

übrigen Bestimmungen, in denen der Ausdruck erwähnt wird, nur vom Halse schaffen bedeuten kann, ist Jakobi[1]) auf den Gedanken gekommen, für den § 640 Abs. 2 einen besonderen Begriff Abnahme, nämlich: Annahme (nicht im Sinne von Annahme als Erfüllung, sondern von Ansichtnahme) aufzustellen[2]). Es stößt ihm dabei aber selbst auf, daß das Gesetz, das sich eines Ausdruckes nur in 8 Paragraphen bedient, gewiß bei seiner sonst so präzisen Ausdrucksweise den Ausdruck stets einheitlich gebraucht haben will, daß es aber ganz gewiß einem Worte nicht in ein und demselben Paragraphen zwei verschiedene Bedeutungen habe zulegen wollen. Jakobi versucht deshalb eine andere Lösung damit zu finden, daß er dem Gesetz folgendes unterschiebt: Weil der Regelfall der sei, daß der Besteller das vom Unternehmer gefertigte Werk, das er bezahlen und abnehmen müsse, nun auch ansichnehmen werde, so habe das Gesetz nur an diesen Regelfall gedacht und für diesen die Bestimmung des § 640 Abs. 2 getroffen. Für den Sonderfall, daß der abnahmepflichtige Besteller das Werk nicht ansichnehme, habe das Gesetz keine Bestimmung getroffen und müßten daher die Umstände des einzelnen Falles entscheiden, ob die Bestimmungen des § 640 Abs. 2 zur Anwendung kommen sollten oder nicht.

Diese Lösung kann indessen nicht gebilligt werden. Denn, obgleich Jakobi der Ansicht ist, daß das Gesetz gewiß nicht einen Ausdruck in einem Paragraphen in zwei verschiedenen Bedeutungen gebrauchen wollte, ist sein Endergebnis doch das, daß das Gesetz dennoch

---

[1]) a. a. O. S. 281 ff.

[2]) Auch in Warneyer Bd. VI § 640 wird der Begriff Abnahme vom Reichsgericht definiert, zwar nicht als Hinnahme + Billigung, aber als tatsächliche Hinnahme und Inbesitznahme des Werkes, cf. J. W. 1907, 331.

diesen Fehler begangen hätte. Denn, wenn das Gesetz nur an die Fälle gedacht hat, in denen der abnehmende Besteller auch ansichnimmt, so hat der Ausdruck Abnahme im § 640 Abs. 2 eben im Gegensatz zu den anderen genannten Paragraphen keine andere Bedeutung, als die einer Ansichnahme; und das ist unmöglich.

Trotzdem scheint sich eine Lösung zu finden, bei der man dem Gesetz nicht den Vorwurf der Inkonsequenz zu machen braucht. Allerdings mag zugegeben werden, daß § 640 Abs. 2 in erster Linie für den Fall geschaffen ist, daß der Besteller das Werk an sich nimmt und deshalb als auf Rechte aus bekannten Mängeln verzichtend betrachtet werden kann. Aber auch in den Fällen, wo der Besteller nicht ansichnimmt, ist die Abnahme doch nicht schlechthin die räumliche Befreiung des Unternehmers von dem hergestellten Werke, sondern eine Befreiung durch den Besteller. Und wenn der Besteller weiß, daß ihn eine Verpflichtung, den Unternehmer von dem hergestellten Werk zu befreien, nur dann trifft, wenn jener fehlerfrei, also vertragsmäßig geliefert hat, so kann er, wenn ihm Fehler des Werkes bekannt sind, von einer vorbehaltslosen Abnahme Abstand nehmen. Tut er das nicht, so kann er auch dann als auf die Geltendmachung der Rechte wegen dieser Fehler verzichtend gelten, wenn er das Werk im einem anderen als den eigenen Gewahrsam gelangen läßt.

Also auch im § 638 und 640 Abs. 2 können wir unter Abnahme die bloße Wegnahme aus dem Gewahrsam des Unternehmers verstehen.

Aus den vorstehenden Ausführungen über den Begriff der Abnahme ergibt sich hiernach also als Endergebnis, daß das Gesetz an allen Stellen, an denen es von Abnahme spricht, denselben Vorgang im Auge hat, nämlich lediglich die Wegnahme des Werkes aus dem Gewahrsam des Unternehmers durch den Besteller,

ein Vorgang, mit dem zwar sehr häufig eine Annahme oder auch eine Anerkennung der Vertragsmäßigkeit des Werkes verbunden sein wird, aber nicht notwendigerweise verbunden sein muß. Es ist ebensogut möglich, daß beide Vorgänge allein stehen, oder sich zeitlich folgen.

Anhang: Es mag schließlich noch mit einigen Worten der Kreis derjenigen Werke bezeichnet werden, bei denen die Abnahme durch die Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist, bei denen also kraft besonderer Bestimmung die Pflicht des § 640 Abs. 1 in Wegfall kommt, und für mehrere andere Bestimmungen an Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes treten muß (§ 646). Es sind dies einmal alle immateriellen Werke, sodann alle diejenigen, die sich schon bei der Fertigstellung im Gewahrsam des Bestellers befinden, z. B. die Reparaturarbeiten an Gas- und Wasserleitungen im Hause des Bestellers, auch die Anfertigung eines Kleidungsstückes in der Wohnung desselben.

Zweites Kapitel.

Die Abnahmepflicht des Bestellers.

I.

Im heutigen Obligationenrecht[1]) gilt der Grundsatz, daß der Gläubiger berechtigt ist, vom Schuldner die Leistung zu verlangen, daß aber keine Verpflichtung für ihn besteht, irgend eine Handlung vorzunehmen,

[1]) Ebenso gem. Recht cf. Rosenberg a. a. O. S. 144, rhein. Recht cf. Crome französ. Obligationsrecht S. 184 ff., preuß. Recht cf. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. II, S. 173 ff.

durch die er bei der Erfüllung der Schuldnerpflichten mitwirkt.

Insbesondere kennt das B.G.B. keine allgemeine Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme der ihm geschuldeten Leistung oder auch nur zu Handlungen, die einen Teil der Annahme darstellen.

Eine Annahme im Sinne einer Erfüllungsannahme (§ 363) kann nämlich insofern in mehrere Teile zerfallen, als bei einer körperlichen Leistung die Anerkennung als Erfüllung mit dem realen Akt der Abnahme verbunden ist. Zu keiner dieser Handlungen, weder zum verbalen Akt der Anerkennung als Erfüllung, noch zum realen der körperlichen Abnahme ist also der Gläubiger grundsätzlich verpflichtet.

Allerdings knüpft das Gesetz an die Nichtannahme der geschuldeten und in gehöriger Weise angebotenen Leistungen Rechtswirkungen, die dem Schuldner eine vorteilhaftere Stellung gegenüber dem Gläubiger verschaffen. Außerdem stehen dem Schuldner, wenn er ein dringendes Interesse daran hat, sich ohne Mitwirkung des Gläubigers seiner Leistung zu entledigen und dadurch von der Schuld zu befreien, hierzu mehrere Rechte zur Verfügung. Das radikalste Mittel hierzu, die Dereliktion oder Preisgabe der geschuldeten Sache, ist zwar heute nach B.G.B. nur in sehr beschränktem Maße zulässig, indem es sich erstens nur um Grundstücke handeln darf, die Dereliktion zweitens nur nach Androhung zulässig ist und diese auch drittens nur als Aufgabe des Besitzes, nicht des Eigentums. Und auch, wenn diese drei Voraussetzungen erfüllt sind, ist sie für den Schuldner noch nicht unbedenklich, da er bei etwaiger Verwüstung des Grundstückes dem Gläubiger verantwortlich bleibt, wenn er den Verzug desselben nicht nachweisen kann. Diesen Nachweis muß er unter Umständen noch bis zum Ab-

lauf der regelmäßig 30jährigen Verjährungsfrist erbringen.

Jedoch stehen im B.G.B. dem Schuldner zwei andere Mittel zur Befreiung von der Schuld in der bezeichneten Weise zu Gebote. Bei beweglichen Sachen darf er, soweit dieselben nach dem Gesetz (§ 372. Art. 146 E. G.) hinterlegungsfähig sind, mit schuldtilgender Wirkung unter Verzicht auf die Rücknahme hinterlegen; bei nicht hinterlegungsfähigen Sachen darf er zum Selbsthilfeverkauf schreiten; auch hier erlischt dann das Schuldverhältnis, wenn der Schuldner den Erlös in der bezeichneten Weise hinterlegt. Kann oder will sich der Schuldner nicht auf diese Weise von der Schuld befreien, so wird wenigstens, wie schon angedeutet, seine Schuldnerstellung in anderer Weise erheblich erleichtert. Nach §§ 300 ff. tritt eine mildere Haftung für ihn ein: wenn der Gegenstand der Leistung ohne oder nur durch leichtes Verschulden des Schuldners untergeht, so wird er trotzdem von seiner Schuld frei.

Ferner entfällt seine Verpflichtung, eine verzinsliche Geldschuld weiterhin zu verzinsen. Seine Herausgabepflicht von Nutzungen beschränkt sich auf die tatsächlich gezogenen.

Eventuell ergeben sich auch Ansprüche für den Schuldner gegen den Gläubiger aus dessen Annahmeverzug, nämlich dann, wenn dem Schuldner durch erfolgloses Angebot und längere Aufbewahrung Mehraufwendungen entstanden sind (§ 304).

Durch alle diese Umstände, die dem Schuldner seine Stellung erleichtern, entstehen dem Gläubiger Nachteile, die in der Nichtannahme der Leistung ihren Ursprung haben, und so wird sicherlich indirekt ein gewisser Zwang zur Annahme auf ihn ausgeübt. Will der Gläubiger den ihm erwachsenden Nachteilen entgehen, so muß er die Leistung annehmen. Dennoch wird man von einer Pflicht des Gläubigers, die ge-

schuldete Leistung anzunehmen, nicht reden können. Denn, wo das Gesetz eine Pflicht zum Handeln für jemanden statuiert, gibt es zugleich damit einem andern ein Recht, kraft dessen derselbe einen Anspruch auf die Handlung des Verpflichteten erhält. Wenn aber § 241 ausspricht, daß kraft des Schuldverhältnisses der Gläubiger berechtigt sei, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, so geht daraus klar hervor, daß damit nur für den Schuldner eine Pflicht begründet ist, für den Gläubiger dagegen nur ein Recht, zu dessen Wahrnehmung er nicht gezwungen werden kann. Nimmt der Gläubiger eine vom Schuldner angebotene Leistung nicht an, so kann der Gläubiger nicht etwa verklagt werden, den Schuldner zu befreien und die Leistung als Erfüllung anzuerkennen oder eine dieser die Annahme darstellenden Teilhandlungen vorzunehmen; es treten vielmehr keine anderen Wirkungen ein, als die des Gläubiger-Annahmeverzuges.

II.

Von diesem Prinzip, daß der Gläubiger nicht zur Annahme oder zu einer der beiden die Annahme darstellenden Handlungen verpflichtet werden könne, hat das Gesetz in zwei Fällen eine Ausnahme gemacht: Nach § 433 Abs. 2 ist der Käufer verpflichtet, die gekaufte Sache abzunehmen, und ebenso ist nach § 640 Abs. 1 der Werkbesteller verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen. Worin mag der Grund für diese Bestimmung gefunden werden? Welches ist das Wesen dieser Abnahmeverpflichtung? Was sind die Folgen der Nichterfüllung dieser Verpflichtung? Das sind die Fragen, die hier einer eingehenderen Untersuchung bedürfen.

Da wir dem Begriff Abnahme beim Kauf- und Werkvertrag dieselbe Definition gegeben haben, ist diese Verpflichtung des Käufers und Werkbestellers

ihrem Wesen nach als die gleiche anzusehen. Es erübrigt sich daher, zum Verständnis der Abnahmepflicht des Bestellers die des Käufers vergleichend heranzuziehen. Nur mag eben mit wenigen Worten auf die verschiedene geschichtliche Entwickelung hingewiesen werden, welche die korrespondierenden Verpflichtungen des Käufers und Bestellers durchgemacht haben, wobei man schließlich doch wieder zu demselben Resultat bei beiden Rechtsinstituten gekommen ist.

1. Schon früher hat man die Empfindung gehabt, daß zwar sowohl Unternehmer als auch Verkäufer ein besonderes Interesse daran haben, ihr Werk bezw. ihre Ware loszuwerden, daß aber der Unternehmer ein größeres Interesse daran hat, daß das von ihm hergestellte Werk vom Besteller abgenommen werde, als der Verkäufer daran, daß er die verkaufte Sache los werde. Das hat seinen natürlichen Grund darin, daß die Last, die durch Aufbewahrung des hergestellten Werkes dem Unternehmer aufgebürdet wird, besonders hart für ihn sein kann, da er im Gegensatz zum Verkäufer keine Alltagsware herstellt, sondern Waren deren anderweitige Verwertung nach Fertigstellung oft Schwierigkeiten bieten würde, zu deren Aufbewahrung in vielen Fällen auch eine besondere Behandlung erforderlich sein würde; oft würden große Lagerräume nötig sein, die dem Unternehmer nicht zu Gebote stehen.

Aus diesem Grunde hat man im gemeinen Recht im Anschluß an die oben besprochene Approbationspflicht des Werkbestellers für diesen eine Pflicht sowohl zur körperlichen Abnahme als auch zur Billigung des Werkes statuiert.[1])

Für den Käufer dagegen läßt sich aus den Quellen

[1]) Dernburg, Pand. II, S. 314.

keine allgemeine Abnahmepflicht nachweisen, und die einzige Digestenstelle, die allgemein dafür angeführt wird[1]), läßt vielmehr darauf schließen, daß die Abnahmepflicht nur für eine Gruppe von Sonderfällen dem Käufer auferlegt werden sollte.

Im gemeinen Recht betrachtete man die Abnahmepflicht beim Kauf zwar als naturale negotii, doch herrschte keine Klarheit darüber, wann sie gegeben sein sollte.

Im preußischen Recht[2]) hatte der Besteller die hergestellte Sache abzunehmen. Für das Kaufrecht hatte das A. L. R. die Bestimmung getroffen, daß, wenn der Verkäufer bereit sei, die Sache vertragsmäßig zu übergeben, der Käufer schuldig sein solle, sie sofort zu übernehmen. Dernburg[3]) will zwar diese Pflicht beschränken, indem er meint, der Käufer sei zur Abnahme nur verpflichtet, wenn dies die Absicht der Vertragsschließenden — sei es nun die ausdrücklich ausgesprochene oder sich aus der Natur des Geschäfts oder der Natur oder Beschaffenheit der Waren ergebende — sei. Doch hat die Praxis[4]) in Anbetracht des klaren Gesetzestextes diese Beschränkung nicht anerkannt.

Dem rheinischen Recht[5]) war eine Abnahmepflicht sowohl für den Besteller wie für den Käufer unbekannt. — Für die Pflicht des Käufers kommt noch das alte HGB. in Betracht; das RG., Bd. V, S. 393, hat den Art. 346 dahin ausgelegt, daß eine Abnahmepflicht zu verneinen sei[6]); Art. 346 habe nur die Bedeutung,

[1]) Es ist L. 9 D. de a. e. v, (19, 1), wo Pomponius sagt: „si is qui lapides in fundo emerit, tollere eos noluit, ex vendito cum eo agi potest, ut eos tollit."

[2]) Dernburg, Preuß. Privatr., Bd. II, 5. Aufl., S. 596.

[3]) A. a. O., S. 402.

[4]) RG., Bd. 26, S. 216; Gruchot, Bd. 34, S. 123.

[5]) Cf. Crome, Franz. Obligationenr., S. 184 ff.

[6]) RG., Bd. 26, S. 213; Bd. 30, S. 118.

daß der Käufer die vertragsmäßig gelieferte Ware nicht zurückweisen dürfe.[1])

Die Motive[2]) wollen den Besteller wie den Käufer verpflichten und sprechen sich für letzteren im Sinne einer selbständigen klagbaren Verpflichtung zur Abnahme aus.

Die Protokolle[3]) behalten entgegen der Anregung Labands[4]) für den Käufer den Standpunkt der Motive bei und definieren die Pflicht als die Pflicht zur tatsächlichen Wegnahme. Für den Werkvertrag wollen sie hierüber noch hinausgehen[5]) und den Besteller außer zur körperlichen Wegnahme sogar zur Annahme als Erfüllung verpflichten.

Überall zeigt sich das Bestreben, den Verkäufer sowohl wie den Unternehmer dagegen zu schützen, daß sie ihre Leistung nicht loswerden können, den Unternehmer womöglich noch günstiger zu stellen, weil seine Interessen noch mehr als die des Verkäufers in die Augen fallen.

2. Es ist vorhin ausgeführt worden, daß das Gesetz in zwei Fällen ausnahmsweise einen Gläubiger zu einer Handlung, welche einen Teil der Annahme darstellt, verpflichtet. Es soll damit gesagt sein, wie aus dem besprochenen Begriff einer gesetzlichen Verpflichtung zu folgern ist, daß der Schuldner-Unternehmer auf dieses Handeln des Gläubigers einen klagbaren Anspruch habe. Damit wird hier die herrschende Ansicht vertreten[6]); diese hat jedoch auch hartnäckige Gegner gefunden.

[1]) Diese recht gewagte Auslegung zu widerlegen ist hier nicht der Ort.

[2]) Mugdan, Bd. II, S. 273 u. 176.

[3]) Mugdan, a. a. O., S. 766 ff.

[4]) Arch. f. civ. Pr., Bd. 74, S. 303 ff.

[5]) Mugdan. a. a. O., S. 923 ff.

[6]) Z. B. Lotmar, S. 847; Eck, S. 524; Riezler, S. 138; Oertmann zu § 640; Planck zu § 640; Schollmeyer, Enneccerus, Staudinger, a. a. O.; RG. 53, S. 164.

Deren erster, welcher die Klagbarkeit verneint, ist Kohler[1]). Er geht bei seinen Ausführungen von dem oben als unrichtig erwiesenen Abnahmebegriff aus, nämlich = Annahme als Erfüllung, zusammengesetzt aus Übernahme und Anerkennung als Erfüllung. Indem er dann konstatiert, daß die Annahme der Leistung des Schuldners durch den Gläubiger die Ausübung eines diesem zustehenden Rechtes ist, hält er es für ein Unding, daß der Gläubiger zur Ausübung dieses Rechtes gezwungen werden könne. Denn da der Schuldner durch Annahme der Leistung von seiner Schuld befreit werde, so sei der Anspruch auf Abnahme nichts weiter als der Anspruch gegen den Gläubiger auf Befreiung, zu der aber ein Gläubiger niemals verpflichtet werden könne.

Allerdings gibt Kohler zu, daß dadurch für den Schuldner Nachteile entstehen, für deren Abwendung die Rechtsordnung Sorge zu tragen habe, und zwar in der Weise, daß sie dem Schuldner ermögliche, sich ohne Mitwirkung des Gläubigers aus dem Schuldverhältnis zu befreien. Diesen Schutz, den Kohler dem Schuldner angedeihen lassen will, sieht er aber in den sogenannten Erfüllungssurrogaten, nämlich Hinterlegung resp. Selbsthilfeverkauf und Hinterlegung, für genügend gegeben. Für den Fall, daß diese nicht ausreichen sollten, sieht er nun in der Vorschrift des § 640 Abs. 1 nur ein weiteres Erfüllungssurrogat in der Weise, daß der Schuldner, nachdem er selbständig irgend eine Befreiungshandlung vorgenommen habe (indem er z. B. das hergestellte Werk dem Besteller in die Wohnung stellte), auch ohne das im § 256 CPO. im allgemeinen erforderte Interesse dartun zu müssen, auf Feststellung dessen klagen könne, daß er seiner Schuldnerpflicht genügt habe. Zu dieser etwas fern-

[1]) A. a. O.

liegenden Auslegung des § 433 Abs. 2 sowohl wie des § 640 Abs. 1 kommt Kohler, weil nach seiner Ansicht für den Gläubiger sich ungeheuerliche Konsequenzen ergeben würden, wollte man dem Schuldner eine Klage auf Abnahme geben. Als Beispiele, die diese unannehmbaren Folgen kennzeichnen sollen, führt er, hauptsächlich für den Kauf, an, daß nach der herrschenden Meinung z. B. der abgedankte Minister sich seine eben bestellte Galauniform ins Haus schicken lassen müsse, daß ferner die Mutter, deren Kind eben gestorben sei, verpflichtet sei, das bestellte Faschingskostüm abzunehmen. Diese Beispiele erinnern an diejenigen, welche Laband[1]) schon vor der Zeit des BGB. anführte, um nachzuweisen, daß es untunlich sei, im BGB. eine Abnahmepflicht zu statuieren, die aber damals schon von Sprenger[2]) zutreffend widerlegt worden sind. Vor allem ist es ein Beispiel Labands, wonach die Braut, die kurz vor der Hochzeit ihren Bräutigam verloren hat, verklagt und gezwungen werden könnte, den bestellten Brautkranz nicht nur zu bezahlen, sondern auch abzunehmen. Hierzu bemerkt Sprenger[3]) treffend, daß es in diesem Falle wohl das schlimmste sei, daß die Unglückliche ihren Bräutigam verloren habe. Denn die Beispiele beweisen in der Tat nichts. Sollte der Lieferant, der in der Regel so koulant sein wird, wenn irgend möglich, nachdem er Bezahlung erhalten hat, von der Abnahme abzusehen, aus einem besonderen Grunde auf der Abnahme bestehen, so ist wirklich nicht einzusehen, warum man dem Besteller das Recht geben sollte, dieselbe zu verweigern, nur weil er keine Verwendung mehr für das hergestellte Werk hat. Der Unternehmer, der den betreffenden Gegenstand meist erst für den

[1]) A. a. O., S. 307.
[2]) A. a. O., S. 598.
[3]) A. a. O.

Besteller angefertigt hat, ist gewiß viel eher berechtigt davon befreit zu werden, als der Besteller, ihn zurückzuweisen.

Außerdem erwächst ja dem Besteller nicht der geringste Schaden aus der Abnahme, der vom Gesetz berücksichtigt werden müßte. Wenn die Abnahme dem Besteller einen Seelenschmerz bereitet, so ist es nicht die Aufgabe des Gesetzes, ihn davor zu schützen, sofern nicht ein wirtschaftliches Interesse zugleich bedroht ist. Wollte man also selbst den Kohlerschen Abnahmebegriff annehmen, so würde man immer noch zu dem Ergebnis kommen, daß ein praktisches Bedürfnis, dem Unternehmer den Anspruch auf Abnahme zu bestreiten, nicht vorhanden sei.

Geht man nun gar von dem richtigen Begriff Abnahme = körperliche Wegnahme aus, so hat man sicherlich keinen Grund, sich der sehr gekünstelten und dem klaren Wortlaut des Gesetzes widersprechenden Kohlerschen Auslegung des § 640 Abs. 1 anzuschließen. Denn wenn in der Abnahme nicht einmal eine Übernahme in den Gewahrsam des Bestellers zu erblicken ist, sondern lediglich eine Fortnahme aus dem des Unternehmers, so entfällt auch in dem von Kohler angeführten Beispiel die gewisse Härte einer Abnahme für ihn. Denn der Besteller, der ein Werk abzunehmen hat, durch das unangenehme Erinnerungen in ihm wachgerufen werden, oder dessen Besitz für ihn sonst mit Unannehmlichkeiten verbunden ist, braucht die Abnahme nicht in Person vorzunehmen, kann vielmehr durch Dritte dafür sorgen lassen, daß er in jeder Beziehung davon verschont bleibt.

Abgesehen von allen praktischen Erwägungen, zwingt, wie schon berührt, der Text des Gesetzes zu der von der herrschenden Meinung vertretenen Auslegung. Der Besteller wird zu einem Handeln verpflichtet und dieser Handlung soll er sich nicht, wie

Kohler das will, durch einfachen Verzicht entziehen können, denn wie Rosenberg[1]) richtig hervorhebt, hat die Praxis eine Bestimmung, wie die des § 640 Abs. 1 gerade nur deshalb verlangt, um den Besteller zur Abnahme zwingen zu können, auch wenn er auf Lieferung verzichtet.

Ein zweiter Verfechter der Ansicht, daß durch § 640 Abs. 1 ein klagbarer Anspruch auf Abnahme nicht begründet werden solle, ist Romeick[2]). Den Ausgangspunkt für seine Begründung der Gegenansicht bildet die Behauptung, daß die Abnahme für sich allein für den Verkäufer (Unternehmer) keinen selbständigen Wert habe. Infolge dessen sei sie niemals eine selbstständige Schuldnerleistung, sondern stets nur eine die Annahme als Erfüllung betätigende Ausführungshandlung und als solche lediglich eine sogenannte „Gläubigerverpflichtung". Von Gläubigerverpflichtungen redet Romeick in solchen Fällen, wo der Gläubiger zu einer bestimmten Handlung zwar nicht im Prozeßwege gezwungen werden kann, deren Unterlassung aber für ihn mit Nachteilen verknüpft ist. Eine solche Verpflichtung sieht er z. B. auch in dem tatsächlichen Angebot des Schuldners, zu dem er kraft des Schuldverhältnisses auch gezwungen sei, ohne daß man daran denken könne, dies als besondere Leistung des Schuldners aufzufassen. Wie das Angebot an sich nun nicht zu einer Leistung des Schuldners gestempelt werden dürfe, so dürfe auch die Abnahme nicht aus dem notwendigen Zusammenhange mit der Gläubigerpflicht der Annahme herausgerissen und zu einer selbständigen Schuldnerverpflichtung — einer Leistung — umgeprägt werden.[3])

[1]) A. a. O., S. 249.
[2]) A. a. O., S. 57 ff.
[3]) A. a. O., S. 59.

Dem ist nun mancherlei zu erwidern. Schon daß die Abnahme an sich ohne Beziehung zu einer Annahme als Erfüllung keinen selbständigen Wert für den Schuldner (Werkmeister) repräsentiere, ist unzutreffend. Wenn auch in der Mehrzahl der Fälle der Unternehmer das größere Interesse daran haben wird, daß der Besteller die vereinbarte Vergütung zahlt und die Leistung als Erfüllung anerkennt, so lassen sich doch sehr wohl Fälle denken, in denen der Unternehmer kein Interesse an der Annahme als Erfüllung sowie an der Bezahlung hat, weil z. B. beides schon erfolgt ist, und wo sich sein Interesse allein auf die Abnahme von seiten des Bestellers beschränkt, weil der Unternehmer den Raum, den das hergestellte Werk einnimmt, gebraucht, und er im Falle der Abnahmeverweigerung das Werk weder anderweitig verwenden, noch auch ohne neue Kosten beiseite schaffen könnte.

Ergibt sich hieraus schon, daß kein Grund vorliegt, der Abnahme die Eigenschaft einer selbständigen Schuldnerleistung abzusprechen und in ihr nichts als eine „Gläubigerverpflichtung“ zu erblicken, so sprechen andere Momente noch deutlicher dafür, daß das Gesetz positiv eine besondere Leistung mit der Vorschrift des § 640 Abs. 1 für den Besteller hat statuieren wollen.

Allerdings wird man nicht alles das, wozu ein Schuldner kraft des Schuldverhältnisses veranlaßt wird zu tun, als eine besondere Leistung aufzufassen haben. Wo aber das Gesetz direkt von einer Verpflichtung zum Handeln redet, wird man wohl bei seiner sonst so genauen Terminologie annehmen dürfen, daß es damit eine wahre Pflicht bezeichnen will und nicht eine sogenannte „Gläubigerverpflichtung“. Was hätte der Gesetzgeber auch Ueberflüssigeres tun können, als für den Käufer und Werkbesteller besonders eine sogenannte „Gläubigerverpflichtung“ zur Annahme aufzustellen!

Besteht doch, wie Rosenberg[1]) richtig betont, eine derartige Verpflichtung schon auf Grund der §§ 293 ff. für jeden Gläubiger.

Der Dritte, der einen klagbaren Anspruch auf Abnahme nicht, wenigstens nicht unter allen Umständen, zulassen will, ist Jakobi.[2]) Er vertritt eine ganz eigene Ansicht; indem er zwar von dem richtigen Abnahmebegriff ausgeht, ist er doch der Meinung, daß ein Recht auf Abnahme vom Hauptschuldner niemals selbständig geltend gemacht werden könne. Voraussetzung für den Anspruch auf Abnahme sei der Annahmeverzug des Käufers (Bestellers). Wenn der Besteller im Verzuge der Annahme sei, so solle der Unternehmer außer den allgemeinen, jedem Schuldner zustehenden Erfüllungssurrogaten, die zu seinem Schutze nicht in allen Fällen ausreichten, ein weiteres bekommen in der Klage auf Abnahme. Der Anspruch auf Abnahme ist daher nach Jakobi dem Unternehmer nur gegeben als Ergänzung der ihm durch das Gesetz beim Annahmeverzug des Gläubigers gegebenen Rechte. Nur solange das iuris vinculum zwischen Unternehmer und Besteller noch nicht zerschnitten sei, könne der Unternehmer zum Zwecke der Befreiung aus dem Schuldverhältnis die Abnahme verlangen. Sei dagegen das Schuldverhältnis bereits durch Anerkennung als Erfüllung erloschen, oder habe der Schuldner die Leistung zum Zwecke der Erfüllung dem Besteller noch garnicht angeboten, so solle ein Anspruch auf Abnahme nicht bestehen. Der Gläubiger brauche sich niemals eine Leistung aufdrängen zu lassen. Als einen Anspruch, der dem des Unternehmers auf Abnahme an die Seite zu stellen sei, nennt Jakobi den Anspruch des Schuldners auf Ersatz der Mehraufwendungen, die er für das erfolglose Angebot, für Aufbewahrung und

[1]) A. a. O., S. 252.
[2]) A. a. O.

Erhaltung der geschuldeten Leistung während des Gläubiger-Annahmeverzuges machen mußte (§ 304). Was aus § 304 ohne weiteres zu entnehmen ist, daß nämlich dem Schuldner dieser Anspruch dann versagt ist, wenn er die Mehraufwendungen sparen konnte, sie also nicht machen mußte, das will Jakobi auch in den § 640 Abs. 1 hinein legen, indem der Unternehmer, der kein rechtliches Interesse an der Abnahme hat, weil er sich des Werkes kosten- und mühelos entledigen könne, vom Besteller nicht dürfe verlangen können, daß er ihm dasselbe abnehme.

Wie Jakobi darauf kommt, in dem Anspruch auf Abnahme nur ein Erfüllungssurrogat zu erblicken, ist nicht recht einzusehen. Im Gegenteil spreche der § 640 Abs. 1 sowie der entsprechende § 433 Abs. 2 ganz ohne Einschränkung von einer Verpflichtung zur Abnahme, die nicht etwa erst durch einen Annahmeverzug ins Leben gerufen wird. Auch die Nebeneinanderstellung des Anspruchs aus § 640 Abs. 1 mit dem des § 304 erscheint unzutreffend. Allerdings ist der Anspruch aus § 304 einer der von Jakobi bezeichneten Art. Aber dort ist gesagt, daß der Schuldner nur die Aufwendungen ersetzt verlangen kann, die er machen mußte, und es geht daher aus der Fassung des § 304 hervor, daß der Gesetzgeber dem Schuldner einen Anspruch nur in gewissen Fällen geben wollte, nämlich dann, wenn er gezwungen worden war Aufwendungen zu machen. Wollte man dagegen den § 640 Abs. 1 im Sinne Jakobis auslegen, so würde man damit etwas in die Bestimmung hineintragen, was nicht darin liegt, und was der Gesetzgeber, wollte er es hineinlegen, sicherlich zu deutlicherem Ausdruck gebracht haben würde.

So wie § 640 Abs. 1 lautet, ist nichts anderes daraus zu ersehen, als daß der Besteller die Verpflichtung hat abzunehmen, und daß demzufolge dem

Unternehmer ein klagbarer Anspruch auf Abnahme gegeben ist. Wie Planck[1]) hervorhebt, ist auch dem Umstande, daß die Abnahmepflicht im § 633 nicht miterwähnt, sondern in einem späteren Paragraphen normiert ist, keine Bedeutung beizulegen. Der Anspruch auf Abnahme ist selbständig und an keine besonderen Voraussetzungen gebunden. Ein rechtliches Interesse des Unternehmers ist nicht erforderlich. Solange sein Begehren sich nicht als Schikane darstellt und ihm daher § 226 entgegensteht, ist der Anspruch des Unternehmers unbeschränkt. Er darf die Abnahme verlangen, auch wenn er sich dessen bewußt ist, daß damit dem Besteller ein Schaden erwachsen wird. Nur darf er denselben nicht durch sein Verlangen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise schädigen, da sonst sein Recht durch den § 826 beseitigt würde.

Für das Vorliegen eines derartigen Deliktstatbestandes würde der Besteller die Beweislast haben.

Es ist weiter nun noch klarzustellen, ob die Abnahmeverpflichtung als ein essentiale oder naturale negotii anzusehen ist. Wäre sie eine essentiale negotii, so könnte sie als ein begrifflich zum Werkvertrag gehörender Bestandteil durch Parteivereinbarung nicht beseitigt werden, ohne das Wesen des Vertrages zu ändern. Der Werkvertrag würde kein Werkvertrag mehr sein, wenn die Abnahme ausgeschlossen würde. Davon kann natürlich keine Rede sein. Essentialien beim Werkvertrag sind nur die Verpflichtung des Unternehmers zur Herstellung des Werkes und die Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung durch den Besteller. Die Abnahmepflicht dagegen kann sehr wohl ausgeschlossen werden, ohne daß das Rechtsgeschäft seinen Charakter als Werkvertrag verliert. Das wird auch allgemein angenommen.

[1]) Zu § 640.

Nur Düringer-Hachenburg[1]) sind anderer Ansicht. Sie führen für den Kauf aus, bei Nichtabnahme findet der Umsatz von Ware gegen Geld wie ihn das Gesetz im Kauf geregelt habe, nicht statt. Das auf den Werkvertrag angewandt, würde also nach Düringer-Hachenburg bedeuten, ein Umsatz von Arbeitserfolg gegen Vergütung finde nur statt, wenn an einer strikten Verpflichtung zur Abnahme festgehalten werde. Mit Recht wendet man sich gegen eine derartige Ueberschätzung der Abnahmepflicht.[2]) Denn es geht, wie in der Literatur[3]) hervorgehoben wird, in der Tat etwas zu weit, die Abnahmepflicht, über deren Berechtigung jahrhundertlang gestritten worden ist, nun plötzlich für ein Wesensmerkmal des Werkvertrags (Kaufs) zu erklären, sodaß ein Werkvertrag (Kauf) nichtig beziehungsweise ein anderer Vertrag sein würde, in dem die Verpflichtung zur Abnahme des Werkes (der Kaufsache) ausgeschlossen wäre. Zu beachten wäre noch, daß man dann überhaupt zwei ganz ungleichartige Typen von Werkverträgen haben würde: bei denjenigen, deren Beschaffenheit eine Abnahme zulassen würde, wäre die Abnahmeverpflichtung ein essentiale negotii, bei denen, deren Beschaffenheit eine Abnahme unmöglich machte, würde die Abnahmepflicht dagegen nicht einmal die Bedeutung eines accidentale negotii haben können.[4])

Man wird sonach nicht behaupten können, daß die Abnahme beim Werkvertrag ein essentiale negotii sei;

[1]) A. a., S. 164/5; dem hat sich Schöffer a. a. O., S. 64 angeschlossen.

[2]) So auch RG. Bd. 57, S. 110.

[3]) Schmitz a. a. O., S. 35.

[4]) Auch beim Kauf gibt es übrigens Fälle, bei denen eine Abnahme nicht möglich ist, weil sich die verkaufte Sache schon beim Kaufabschluß im Besitz des Käufers befindet, bei denen sich also der Eigentumsübergang in Form der brevi mano traditio vollzieht.

sie hat vielmehr die Stellung eines naturale negotii, d. h. sie ist ein Bestandteil, der ohne besondere Vereinbarung dem Werkvertrage eigen ist, dessen Fehlen aber unter Wahrung des Wesens des Werkvertrages von den Parteien vereinbart werden kann.

Drittes Kapitel.

Die Folgen der Nichtabnahme.

I.

Wie oben ausgeführt worden ist, hat das Gesetz im § 640 Abs. 1 für den Besteller eine Pflicht zur Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes statuiert, und zwar eine Pflicht, auf deren Erfüllung der Unternehmer einen Anspruch hat. Sind daher die Voraussetzungen gegeben, unter denen abgenommen werden muß, und nimmt der Besteller nicht ab, so ist die prozessuale Wirkung die, daß der Unternehmer auf Abnahme klagen kann. Daß er in diesem Prozeß die Vertragsmäßigkeit seines Werkes darzutun hat, ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen der CPO., daß der Kläger diejenigen Tatsachen, die den Klageanspruch begründen sollen, beweisen muß.

Auf Grund des verurteilenden Erkenntnisses kann dann der Unternehmer die Zwangsvollstreckung betreiben, und zwar nach den Grundsätzen der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen. Die C.P.O. macht unter diesem Titel einen Unterschied zwischen solchen Handlungen, die der Verurteilte nur persönlich vornehmen kann, und solchen, deren Vornahme auch durch einen Dritten möglich ist. Dies auf die Abnahme angewandt, ergibt, daß der rein körperliche Akt, durch den im übrigen der gegenwärtige Zustand des Schuldverhältnisses in keiner Weise berührt wird, von jeder anderen Person ebenso vorgenommen

werden könnte, wie vom Besteller. Die Abnahme könnte sogar — was allerdings für die prozessuale Behandlung nicht in Betracht kommt —, da nur ein rein tatsächlicher Wille dazu erforderlich ist, von jeder auch nicht geschäftsfähigen Person vorgenommen werden.

Jedenfalls braucht sie der Besteller nicht persönlich vorzunehmen, und die Zwangsvollstreckung erfolgt daher nach § 887, nicht nach § 888 C.P.O. Endemann[1]) und Laband[2]) nehmen das Gegenteil an[3]), und letzterer weist an Beispielen auf die „ungeheuerlichen" Konsequenzen hin, die sich ergeben, daß nämlich der Besteller, der die Abnahme verweigert, durch Geldstrafen im Gesamtbetrage bis zu 1500 Mk. resp. durch Haft dazu angehalten werden könnte. An sich wäre dieses Ergebnis, würde die Abnahme eine höchst persönliche Handlung sein, nicht gerade unannehmbar, da, wie an anderer Stelle ausgeführt, der Besteller durch diese Exekutivstrafen nicht zur Übernahme, sondern nur zur Wegnahme gezwungen werden würde, sodaß von einem gewaltsamen Aufdrängen der Leistung keine Rede sein könnte.

Die Abnahme ist aber keine höchst persönliche Handlung, und es findet daher entgegen der Ansicht von Endemann und Laband die Zwangsvollstreckung gar nicht nach § 888, sondern nach § 887 C.P.O. statt, d. h. der Besteller wird gar nicht durch Exekutivstrafen zur Abnahme gezwungen, der Unternehmer hat vielmehr vom Gericht sich die Ermächtigung

---

[1]) 8. Aufl. S. 939 Anm. 25.

[2]) a. a. O. S. 307.

[3]) Weil sie fälschlich Abnahme mit Annahme identifizieren. — Wäre Abnahme + Annahme als Erfüllung, so würde allerdings nur § 888 C.P.O., eventuell § 894 anzuwenden sein, vgl. Beschluß des O.L.G. Marienwerder vom 12. Dezbr. 1894 bei Seuffert Bd. 50 Nr. 141.

erteilen zu lassen, das Werk auf Kosten des Schuldners (Bestellers) fortschaffen zu dürfen.

Da er aber keinen Anspruch auf Übernahme, sondern nur auf Wegnahme hat, so ist er nicht ohne weiteres berechtigt, es dem Besteller ins Haus zu schaffen [1]). Er hat das Werk vielmehr an einen dritten Ort schaffen zu lassen — bei Widerstand des Bestellers hiergegen gemäß § 892 C.P.O. mit Hilfe des Gerichtsvollziehers — wo er, der Unternehmer, davon befreit wird. Durch die Art und Weise der Fortschaffung darf er hierbei dem Besteller gegenüber nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, im übrigen aber in diesen Grenzen beliebig verfahren.

Die Befugnisse des Unternehmers auf Grund seines Abnahmeanspruches decken sich hiernach nicht etwa mit denen, die ihm infolge des Gläubiger-Annahmeverzuges des Bestellers zustehen würden. Wenn Romeick [2]) das Gegenteil behauptet, so übersieht er, daß die Befugnisse des Schuldners beim Annahmeverzug des Gläubigers sich auf Hinterlegung der vom Gesetz als hinterlegungsfähig anerkannten Sachen und auf Selbsthilfeverkauf (resp. bei Grundstücken auf Preisgabe) beschränken, während beim Abnahmeanspruch der Unternehmer jedes Werk hinterlegen und zugleich den Besteller schon jetzt zur Vorauszahlung der hierdurch entstehenden Kosten verurteilen lassen kann.

Oft werden, wenn Annahme- und Abnahmeverzug zusammenfallen [3]), die Rechte, die der Unternehmer als Schuldner während des Annahmeverzuges des Bestellers hat, zu seinem Schutze genügen. Reichen sie aber nicht aus, so wird für den Unternehmer die Klage

[1]) Anderer Ansicht Schütze a. a. O. S. 28, Rosenberg a. a. O. S. 264; cf. Kohler a. a. O. S. 241.

[2]) a. a. O. S. 61.

[3]) Über die Frage, ob dies stets der Fall sein muß, siehe unten S. 57.

auf Abnahme, in deren Folge er dann auf irgend eine angemessene Art vollstrecken kann, von nicht unbedeutenden praktischen Wert sein.

Aber auch wenn sich nach einer Verurteilung zur Abnahme der Unternehmer dem Besteller gegenüber nur der Mittel bedienen will, zu denen ihn schon die mora accipiendi des Gläubigers berechtigt, so bringt ihn das Urteil doch in eine vorteilhaftere Lage. Während nämlich der Unternehmer ohne Urteil die Hinterlegung usw. auf eigene Gefahr vornimmt, er ihre Rechtmäßigkeit eventuell beweisen müßte, und er dem Besteller auch, falls ihm der Beweis mißlänge, haftbar sein würde, wird er durch das Urteil von dieser Gefahr befreit.

„Durch das Urteil ist die Selbsthilfe materiell als rechtmäßig sanktioniert“ [1])

II.

Neben diesen prozessualen Folgen der Nichtabnahme knüpft das Gesetz an dieselbe materiellrechtlich die Wirkungen, die für den Schuldner bei Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit allgemein einzutreten pflegen.

In welcher Weise versäumt nun der nichtabnehmende Besteller seine Schuldnerpflicht?

Da wir es hier nur mit dem Unterlassen der Abnahme zu tun haben, ist davon auszugehen, daß die Vergütung durch den Besteller bereits entrichtet ist. Da von ihm diese Schuldnerpflicht also erfüllt worden ist, kann man nicht sagen, daß er mit seiner ganzen Vertragsleistung im Rückstande ist. Seine Vertragsleistung setzt sich aus mehreren Einzelleistungen zusammen. Hat er nur einen Teil dieser einzelnen Verpflichtungen erfüllt, so liegt demnach teilweise Nichterfüllung vor. Das wird allerdings nicht allgemein

[1]) Bechmann a. a. O. S. 260.

anerkannt. Vor allem ist es Staub[1]), der die Gegenansicht vertritt. Nach ihm kann es keinem Zweifel unterliegen, daß unter teilweiser Nichterfüllung etwas durchaus anderes zu verstehen sei. Man kann darunter nach ihm nicht den Fall verstehen, daß von zwei heterogenen Verpflichtungen die eine erfüllt wird, die andere nicht, dieselbe liege vielmehr nur dann vor, wenn eine Verpflichtung quantitativ nicht in vollem Maße, sondern nur zum Teil erfüllt werde, also nur, wenn der Besteller die Vergütung nur teilweise entrichte oder der Unternehmer das Werk nur teilweise herstelle.

Diese Auslegung Staubs dürfte zu eng sein, denn der Fall, daß ein schuldiges Quantum nicht voll, sondern nur zum Teil erfüllt wird, ist nur einer von einer ganzen Reihe von möglichen Fällen teilweiser Nichterfüllung.[2]) Wie schon zum Begriff einer teilweisen Nichterfüllung nicht einmal gehört, daß dieselbe dem Gegenstande nach nicht voll erfüllt wird, sondern nach zwei anderen Richtungen hin, nämlich nach der zeitlichen und räumlichen, eine teilweise Nichterfüllung denkbar ist, wenn der Schuldner z. B. die volle Leistung nicht am vertraglich vereinbarten Orte oder nicht zur ausbedungenen Zeit prästiert[3]), so ist auch unter den Fällen der gegenständlichen teilweisen Nichterfüllung nicht derjenige der einzige, daß eine einfache Leistung quantitativ erfüllt wird. In einem Falle, wo eine Vertragsleistung sich aus mehreren Einzelleistungen zusammensetzt, von denen nur ein Teil erfüllt wird, ist unbedenklich mit der herrschenden Meinung eine teilweise Nichterfüllung anzunehmen. Daß Staubs enge

---

[1]) a. a. O. Exkurs zu § 374 Anm. 143; ebenso Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 110.

[2]) So Romeick S. 71.

[3]) Letzteres freilich bestritten.

Auslegung des Begriffes unzutreffend ist[1]), tritt deutlich in einigen von Rosenberg gegebenen Beispielen zu Tage, wo auch von einer quantitativen Teilleistung nicht die Rede sein kann, während man dennoch nicht zweifeln wird, daß teilweise Nichterfüllung vorliegt: So, wenn der Verkäufer auf den Käufer nur den Besitz der (ganzen) Kaufsache überträgt, ohne ihm das Eigentum daran zu verschaffen[2]); oder wenn der Dienstverpflichtete nur einzelne der ausgedungenen Dienstleistungen erfüllt..

Es liegt schließlich auch kein Bedenken vor, in unserem Falle die Abnahme als Teil der gesamten Vertragsleistung des Bestellers aufzufassen. Denn, wenn man von einer teilbaren Leistung dann zu reden pflegt, wenn dieselbe unbeschadet ihres Wesens und Wertes in einzelne Teile zerlegt werden kann, deren Gesamtheit die (quantitativ) vollständige Leistung darstellt, so braucht man von dieser Definition hier nicht abzugehen, wenn man Abnahme und Zahlung der Vergütung als Teilleistungen unter den Gesamtbegriff der Schuldnerleistung des Bestellers unterordnen will. Wie Rosenberg[3]) hervorhebt, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß derjenige Besteller, dem die Vergütung gestundet ist, der also etwa am 1. April das hergestellte Werk abzunehmen, am 1. Juli aber erst zu vergüten hat, zu Teilleistungen berechtigt ist.

Andererseits ergibt sich aus dem im B.G.B. für Schuldverhältnisse aus einheitlichen Rechtsgeschäften enthaltenen Prinzip der Nichtberechtigung des Schuldners

---

[1]) Gegen Staub vor allem Romeick a. a. O. S. 70 ff. und Rosenberg S. 263 ff; cf. vgl. auch Regelsberger in seinem Aufsatz über den Mitscherlichen Prozeß in Jher. Jahrb. Bd. 40 S. 249 u. 278.

[2]) Hier freilich bestritten, ob nicht totale Unmöglichkeit vorliegt. cf. Titze, S. 44, 264.

[3]) a. a. O. S. 262.

zu Teilleistungen (§ 266), daß der Gläubiger (Unternehmer) das Angebot eines Teils der Leistung (der Zahlung der Vergütung) mit Recht zurückweisen darf, wodurch für den Schuldner (Besteller) Totalleistungsverzug begründet wird.

Die Ursachen, aus denen seitens des Bestellers die Abnahmepflicht teilweise nicht erfüllt wird, können verschieden sein.

Der Fall, in dem die Abnahme unterbleibt infolge eines Umstandes, den der Besteller nicht zu vertreten hat, ist hier ohne Interesse und kann daher unberücksichtigt bleiben. Wird sie nämlich unmöglich, so ist er frei von diesem Teil seiner Leistung; wird sie nur verzögert, so wird auch kein Abnahme-Schuldnerverzug begründet, der ja gemäß § 285 ein Verschulden zur Voraussetzung hat.

Unter denjenigen Fällen, unter denen die Abnahme auf Grund eines Verschuldens des Bestellers unterbleibt, sind zwei Gruppen zu unterscheiden: Entweder wird der Besteller schuldhaft den Erfolg herbeiführen, daß die Erfüllung der Abnahmepflicht unmöglich wird — und zwar objektiv oder für ihn allein unmöglich —; er wird dann die im Gesetz geregelten Folgen der vom Schuldner zu vertretenen Unmöglichkeit resp. des von ihm zu vertretenen Unvermögens der Leistung auf sich zu nehmen haben (§§ 280 ff.)

Oder: er wird die ihm obliegende Abnahme schuldhaft verzögern und so in Schuldnerverzug geraten.

Die ersteren Fälle werden praktisch seltener vorkommen und können daher keine besondere Bedeutung für sich in Anspruch nehmen. Objektiv unmöglich machen kann der Besteller die Abnahme nämlich nur, indem er das Werk, von dessen Beschaffenheit ja die Abnahmefähigkeit abhängig ist, vernichtet und zwar so vernichtet, daß das Werk nicht noch in seinen zerstörten Bestandteilen vorhanden ist. Dann ist allerdings

die Abnahme des Werkes objektiv unmöglich geworden, aber damit auch ein Anspruch des Unternehmers auf Abnahme des Werkes, von dem er ja räumlich befreit ist, entfallen. Zerstört er das Werk nur, ohne dem Unternehmer dadurch die Last der Aufbewahrung desselben abzunehmen, so ist gewiß auch eine Abnahme des Werkes unmöglich, aber die Sachlage würde doch jetzt die sein, daß dem Unternehmer seine Vertragserfüllung unmöglich wäre infolge eines Umstandes, den der Gläubiger-Besteller zu vertreten hätte; § 324 würde also Anwendung finden, d. h. der Unternehmer würde seinen Anspruch auf Vergütung behalten, ohne seinerseits leisten zu müssen. Sollte ihm aber außerdem durch die unmöglich gewordene Abnahme ein Schaden entstanden sein, so würde er dafür vom Besteller nach § 280 Ersatz verlangen können. Würde die Erfüllung des Vertrages kein Interesse mehr für den Unternehmer haben — was kaum der Fall sein wird, da die einzige Leistung, die noch zur Vertragserfüllung dienen kann, die Zahlung der Vergütung durch den Besteller ist —, so könnte der Unternehmer nach § 280 Abs. 2 vorgehen, d. h. unter Ablehnung der Vergütung Schadenersatz wegen der ganzen Verbindlichkeit des Werkbestellers verlangen.

Praktisch erheblich wichtiger werden diejenigen Fälle sein, in denen der Besteller die Abnahme schuldhaft verzögert und dadurch regelmäßig in Schuldner-Abnahmeverzug gerät. Die Voraussetzungen für diesen Leistungsverzug sind im § 284 angegeben. Danach wird man mit Titze[1]) zu definieren haben: „Der Schuldner gerät in Verzug, wenn die ihm obliegende Handlung bei Eintritt der Fälligkeit resp. nach geschehener Mahnung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes, der aber die Möglichkeit der nachträglichen Leistung nicht ausschließt, unterbleibt."

[1]) A. a. O., S. 41.

Die Leistung (Abnahme) muß also erstens fällig sein. Fällig ist die Abnahme, wenn der Unternehmer das Werk einmal vertragsmäßig hergestellt hat, denn nur dann trifft den Besteller nach § 640 Abs. 1 die Abnahmepflicht; sodann muß der Unternehmer das vertragsmäßig hergestellte Werk zur Abnahme bereit halten. Solange der Unternehmer noch nicht in der Lage ist, das Werk herauszugeben, ist der Abnahmeanspruch nicht fällig.

Neben der Fälligkeit des Abnahmeanspruches ist weitere Voraussetzung für den Leistungsverzug des Bestellers die nach Fälligkeit erfolgende Mahnung seitens des Unternehmers, die indes in dem Fall des § 284 Abs. 2 unterbleiben kann.

Weiter muß der Besteller die Abnahme verweigern, und zwar muß diese seine Leistung aus einem Umstande unterbleiben, den er zu vertreten hat. Meist wird er dieses Unterlassen zu vertreten haben; hat der Besteller z. B. nicht für Lagerräume gesorgt, so kann er zwar die Abnahme nicht derart vornehmen, daß er das hergestellte Werk in seinen Gewahrsam bringt. Das ist aber auch für den Begriff der Abnahme nicht erforderlich, es genügt vielmehr, wie oben ausgeführt, daß er das Werk aus dem Gewahrsam des Unternehmers entfernt. Ist er auch dazu etwa persönlich nicht imstande, so kann er die Abnahme als eine vertretbare Handlung durch einen Dritten vornehmen lassen. Ist der Besteller zur Abnahme finanziell nicht in der Lage, so hat er diese finanzielle Unfähigkeit zur Leistung nach § 279 stets zu vertreten. Ein nicht zu vertretendes Unterbleiben der Abnahme würde also nur in den Fällen möglich sein, in denen der Besteller ohne sein Verschulden bei eigener Unfähigkeit zur Abnahme nicht in der Lage wäre, dieselbe durch einen Dritten vornehmen zu lassen.

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so gerät der Besteller in Abnahmeverzug.

Begrifflich notwendig ist es nicht, daß der Besteller zugleich in Annahmeverzug kommt. Praktisch wird allerdings meistens beides zusammenfallen. Aber z. B. im Falle des § 299, wo der Gläubiger dann nicht in Annahmeverzug kommt, wenn er an der Annahme der angebotenen Leistung vorübergehend verhindert ist, kommt er trotzdem in Abnahmeverzug, wenn er diese vorübergehende Verhinderung schuldhaft herbeigeführt hat.

Fassen wir zunächst den Fall ins Auge, wo Abnahmeverzug nicht mit Annahmeverzug zusammenfällt, um dann später zu untersuchen, welche Rechte dem Unternehmer bei Ab- und Annahmeverzug des Bestellers zustehen, und in welcher Weise er dieselben dann geltend machen kann.

Von den im allgemeinen Teil des Obligationenrechts getroffenen allgemeinen Bestimmungen über die Folgen des Schuldnerverzuges kommt zunächst nur § 286 in Frage. § 287 in Sonderheit scheidet aus, weil ein späteres Unmöglichwerden der Abnahme nicht denkbar ist.

§ 286 trifft die sehr umfassende Bestimmung, daß der Schuldner jeden Schaden zu ersetzen hat, der dem Gläubiger infolge des Verzuges entsteht. Dieser Schadensersatzanspruch deckt sich keineswegs mit dem im § 304 statuierten Anspruch des Schuldners auf Ersatz von Mehraufwendungen während des Gläubiger-Annahmeverzuges, wie das von Romeick[1]) fälschlich behauptet wird. Denn der Schaden, der den Unternehmer als Gläubiger durch den Abnahmeverzug des Bestellers treffen kann, braucht sich nicht auf Unkosten wegen längerer Aufbewahrung und Erhaltung des Werkes zu beschränken, sondern kann sehr ver-

[1]) A. a. O., S. 65 c/a. z. B. Rosenberg, S. 261.

schiedener Natur sein. Hat der Unternehmer z. B. explosive Stoffe hergestellt, und kommt der Besteller in Abnahmeverzug, so ist der Unternehmer, falls durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand eine Explosion erfolgt und ihm Schaden anrichtet, indem ihm Lagerräume verbrennen oder ein Angestellter derart beschädigt wird, daß er ihm eine Rente zahlen muß, für diesen Schaden nur auf Grund von § 286 gesichert.

Lägen dagegen nur die Voraussetzungen des Annahmeverzuges vor, so würde der Besteller, auch wenn er die Annahme schuldhaft unterlassen hätte, dem Unternehmer nur im Rahmen von § 304 haftbar sein.

Eine sehr umstrittene Frage ist es, ob für den Abnahmeverzug, d. h. für den Verzug mit diesem einen Teil der Vertragsleistung, neben den allgemeinen Verzugsvorschriften der §§ 280 ff. auch die erweiterten Vorschriften über Verzug, die in Hinsicht auf die synallagmatischen Verträge in den §§ 323 ff. getroffen worden sind, Anwendung finden können. In Betracht käme hier nur § 326. Die Frage ist also, ob der Unternehmer dem Besteller, der mit Erfüllung seiner Abnahmepflicht im Verzuge ist, nach § 326 Abs. 1 Satz 1 zur Bewirkung dieser Leistung, also der Abnahme des Werkes, eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen dürfe, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme dieser Leistung (der Abnahme) ablehne; ob der Unternehmer ferner nach dem Ablaufe der Frist berechtigt sei, nach § 326 Abs. 1 Satz 2 Schadensersatz wegen Nichterfüllung anstatt der durch den Verzug des Bestellers unmöglich gewordenen Erfüllung des ganzen Vertrages zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten.

Die Antwort auf diese Frage ist in der Literatur sehr verschieden ausgefallen. Allerdings ist meistens der Abnahmeverzug des Käufers behandelt worden,

doch können, da nach unseren Erörterungen kein Unterschied zwischen dem des Käufers und des Bestellers zu machen ist, die für den Abnahmeverzug des Käufers vertretenen Ansichten für den Verzug des Bestellers entsprechend verwendet werden.

Romeick[1]), der darauf aufbaut, daß die Abnahme gar keine Leistung sei, kommt bei dieser Ansicht natürlich zu dem Ergebnis, daß § 326 keine Anwendung finden könne. Da wir aber die Abnahme als Leistung festgestellt haben, ist dieser Grund der Romeickschen Ansicht durch die obigen Untersuchungen bereits widerlegt worden.

Auch Staub[2]) will die Anwendung des § 326 ablehnen. Wie wir schon oben berührt haben, sieht Staub in der Zahlung der Vergütung einerseits und der Abnahme andererseits nicht die Bestandteile der gesamten Vertragsleistung des Bestellers. Nach ihm ist die Zahlung der Vergütung Hauptleistung, also „die" Vertragsleistung, alles andere sind Nebenleistungen. Diese Hauptleistung sei die eigentliche Gegenleistung, das eigentliche Äquivalent für die Leistung des Nichtsäumigen. Die Vorschriften über gegenseitige Verträge können deshalb nach ihm nur Anwendung finden, wenn es sich um die Hauptleistung, die Zahlung der Vergütung, handelt. Kommt dagegen der Besteller mit seiner Abnahmepflicht in Verzug, so müsse es bei den Vorschriften der §§ 280 ff. sein Bewenden haben. Die entgegengesetzte Ansicht würde nach seiner Meinung auch zu einem sehr unerfreulichen Resultat führen. „Denn", führt Staub aus, „sollte etwa der Käufer (Besteller) lediglich deshalb, weil er nicht rechtzeitig für genügende Lagerräume gesorgt hat und deshalb in Abnahmeverzug gerät, nach § 326 Rücktritt vom Vertrage und nach § 325 Abs. 2 sogar den Verlust des

[1]) A. a. O.
[2]) A. a. O.

Anspruchs auf die Gegenleistung über sich ergehen lassen müssen, wenn er den Kaufpreis (die Vergütung) zu zahlen bereit ist oder gar schon gezahlt hat?“

Mit Recht hebt Rosenberg[1]) hervor, daß Staub wohl übersieht, daß in jedem Falle dem Käufer (Besteller) eine angemessene Frist zur Nachleistung gewährt werden muß, auch wenn der Kaufpreis (die Vergütung) gezahlt ist. Wenn so die für den Besteller unerfreulichen Wirkungen um diese angemessene Frist hinausgeschoben werden, dem Besteller also noch Gelegenheit geboten wird, sie abzuwenden, so scheint damit sein Interesse genügend gewahrt zu sein. Der Bestimmung der Frist bedarf es allerdings nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages für den Unternehmer kein Interesse mehr hat; jedoch ist dieses mangelnde Interesse des Bestellers dann gerade ein Beweis dafür, daß die Abnahme in diesem Falle keine Nebenleistung des Vertrages war. Trotzdem ist im Resultate Rosenberg nicht zu folgen, wenn er die Anwendung des § 326 für alle Fälle fordert. Allerdings ist nicht mit Staub zwischen Haupt- und Nebenleistungen zu unterscheiden — denn die Leistung, die in einem Falle Hauptleistung ist, kann im anderen Falle Nebenleistung sein — und man kann nicht ohne weiteres die Abnahmepflicht für eine Nebenleistung erklären. Mindert sich z. B. deshalb die Vergütung, weil dem Unternehmer mehr daran liegt, von dem Werk befreit zu werden, als Bezahlung zu erhalten, so ist die Abnahme geradezu die Hauptleistung, die Zahlung der Vergütung Nebenleistung.

Es ist vielmehr praktischer, sich darüber klar zu werden, für welche Verträge und für welche Leistungen aus zweiseitigen Verträgen die besonderen Verzugsvorschriften Anwendung zu finden haben. Der Zweck der Bestimmungen der §§ 325 und 326, nach

[1]) A. a. O.

denen der eine Vertragsteil, sofern der andere seine Leistung schuldhaft verzögert oder unmöglich macht, die Leistung nicht mehr zu prästieren hat, er sogar noch weitere Rechte gegen den Gegenkontrahenten erhält, ist der, daß der eine Vertragsteil, der seine Verbindlichkeit nur wegen des Versprechens des anderen eingegangen ist, sein Versprechen dann soll zurückziehen können, wenn der andere sein Versprechen nicht erfüllt. Es muß sich deshalb um gegenseitige Verträge handeln, d. h. solche, bei denen die eine Partei eine Leistung verspricht, um eine andere der Gegenpartei zu gewinnen, und bei solchen gegenseitigen Verträgen um „Gegenleistungen". Unter Gegenleistungen hat man jedoch nur diejenigen zu verstehen[1]), die zueinander in einem solchen Verhältnis stehen, daß die Leistung der einen Partei Zweck und Ziel der Leistung der anderen Partei bildet. Ist das Werk also nicht nur als Entgelt für die Vergütung versprochen, steht also die Abnahme des Bestellers mit der Gegenleistung des Unternehmers in synallagmatischem Verhältnis — was allerdings in der Mehrzahl der Fälle schwerlich, wenn auch vielleicht nicht so selten wie beim Kauf der Fall sein wird —, so liegt kein Grund vor, im Falle des Abnahmeverzuges den § 326 keine Anwendung finden zu lassen. Haben die Parteien aber bei Abschluß des Vertrages gar nicht daran gedacht, daß den Besteller dermaleinst die Abnahmepflicht treffen wird, hat also der Unternehmer bei Eingehung des Vertrages auf diese Verbindlichkeit offenbar gar kein Gewicht gelegt, so würde es ungerecht sein, ihn nachher so günstig zu stellen, daß er sich nach Belieben von der eigenen Leistung befreien und so „auf Kosten des Käufers spekulieren könnte".[2]) In solchen Fällen bieten die Allgemein-

[1]) Cf. Cosack, a a. O., S. 360.

[2]) Schmitz, S. 55.

bestimmungen über den Schuldnerverzug, insonderheit der § 286, der dem Unternehmer einen Ersatz für jeglichen ihm durch die Verzögerung des Bestellers entstehenden Schaden gewährleistet, völlig ausreichenden Schutz.

Das ist auch die im allgemeinen herrschende Ansicht[1]) und im wesentlichen der Standpunkt des RG.[2])

Zum Schluß sei noch erörtert, wie die rechtliche Stellung des Unternehmers sich dann gestaltet, wenn der Besteller sich sowohl im Abnahme- wie im Annahmeverzug befindet. Daß die Voraussetzungen für beides nicht dieselben sind, beide daher nicht stets verbunden zu sein brauchen, der Besteller also zwar im Abnahmeverzug sein kann, ohne sich im Annahmeverzug zu befinden und umgekehrt, ist oben gesagt worden. Befindet sich der Besteller nun aber sowohl im Abnahme- wie im Annahmeverzug, was, wenn er seiner Abnahmepflicht nicht genügt, meistens der Fall sein wird, so stehen ihm an sich sowohl die Rechte aus dem Gläubigerverzug, als auch die aus dem Schuldnerverzug des Bestellers zu Gebote. Ob er diese verschiedenen Rechte aber kumulativ geltend machen kann, oder ob er darauf beschränkt ist, alternativ entweder als Gläubiger oder als Schuldner dem Besteller gegenüberzutreten, ist bestritten. Allerdings wird von der herrschenden Meinung angenommen, daß eine kumulative Geltendmachung der Rechte am Platze sei. Unter den Vertretern der Gegenansicht steht an erster Stelle Fleck.[3])

Fleck kommt zu seiner Ansicht, daß die alternative, nicht die kumulative Konkurrenz der beiden

---

[1]) u. A. Enneccerus § 328, Cosack I § 130, Rosenberg S. 261.

[2]) Bd. 53 S. 161; 57, 112; 69, 167.

[3]) a. a. O. S. 255 ff.

Verzugskategorien die richtige sei, durch die Erwägung, daß es eine große Unbilligkeit gegenüber dem Besteller sei, wenn man dem Unternehmer die Rechte kumulativ gäbe. Die Beispiele jedoch, an denen er die Härte einer solchen Praxis darzutun sucht, können nicht überzeugen.

Denn es liegt kein Grund vor, einen Vertragsteil, der sich sowohl im Gläubiger- wie im Schuldnerverzug befindet, von den Folgen des einen Verzuges zu befreien. Die Folgen beider gehen ganz unabhängig nebeneinander her: der in Abnahmeverzug befindliche Schuldner hat die Folgen seiner Vertragsverletzung zu tragen; der im Annahmeverzug befindliche Gläubiger dagegen wird nicht für eine Verletzung von Vertragspflichten bestraft — denn seine Pflicht ist es nicht, anzunehmen — er soll nur dem Schuldner durch seine willkürliche Annahmeverweigerung keinen Schaden zufügen können und muß daher die Maßregeln geschehen lassen, die der Schuldner zu seinem Schutze vornimmt.

Wollte das Gesetz, daß beim Zusammentreffen von Schuldner-Abnahme- und Gläubiger-Annahmeverzug die Folgen des einen hinter denen des anderen zurücktreten sollten, so hätte es eine besondere Bestimmung treffen müssen.

Da diese Bestimmung nicht getroffen worden ist, bleibt als natürliches und durchaus billiges Ergebnis, daß der Unternehmer zur kumulativen Geltendmachung seiner verschiedenen Rechte befugt ist. [1]).

[1]) Übereinstimmend Cosack S 454, Dernburg, Bürgerl. Recht II, 2 (1901) S. 34, Rauert S. 91.